

المجلد الثالث

١٤٢	باب المراجعة والتولية	٢١	فصل
١٤٢	فصل	٢٨	باب خيار الشرط
١٤٨	باب السهر	٥٢	باب خيار الرؤية
١٨٠	باب الحقوق	١٣	باب خيار العيب
١٨٣	باب الاستحقاق	٨٨	باب البيع الفاسد
١٨٧	فصل في بيع الفضولي	١٢٢	فصل في احكامه
١٩٨	باب السلم	١٣٢	فصل فيما يكره
٢٢٨	مسائل منشورة	١٣٣	نوع منه
		١٣٦	باب الاقالة



کتاب الصرف ۲۳۹

کتاب الکفالة ۲۹۹

فصل في الضمان ٢٨٧ | باب كفالة الرجلين ٢٩٣

كتاب الحوالة ٢٩٩

نکتہ ————— باب ادب القاضی

مسائل شتی من کتاب ادب القاضی ۳۳۳

نصـال في القضاء بالمواريث ٣٤٣

فصل آخر ۳۵۵

فصل في الحبس ٣١٣

باب كتاب القاضي الى القاضي ٣١٧

فصل آخر ۳۲۱

باب التحكيم ۳۳۱

كتبت: باب الشهادة ٣٥٧

فصل في الشهادة على الأثر ٣٩٣

باب الشهادة على الشهادة ٣٩٥

فصل ۴۰۳

۴۶۸ فصل

بَابُ مَنْ تَقَبَّلَ شَهَادَتَهُ مِنْ لَاتَقْبَلُ ٣٧٣

باب الاختلاف في الشهادة. ٣٨٦

(كتاب البيوع)

البيع ينقذ بالاجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما بعث والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

مباح في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغلب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضي واليه اشار بقوله تع ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض راء اسبب فتعلق البقاء المتدور بتعاطيها وقد عرف في اصول الفقه والظاهر كنهه فالاجاب والقبول على ما يجبي واما شرطه فانواع منها في العاقد وهو ان يكون عاقدًا مميزا ومعتدًا في الالة وهو ان يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو ان يكون مالا متقدرا وان يكون متقدرا والتسليم ومنها التراضي ومنها شرط الحكم وهو الملك او الولاية واما حكمه وفعله وقصد ان ملك وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا الا لانع وقوله الا لانع احتراز عن تصرف المشتري في البيع قبل القبض بالبيع وذلك محتج مع كونه كمالا سبهي النبي عم من بيع ما لم يقبض واما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعق القريب وملك المتعد في التجاريد والخيارات التي لا يشترط في البيع فاحكام البيع لكن بطريق النضمن *

قوله البيع ينقذ بالاجاب والقبول لان انعقاد عبارة عن انضمام كلام احد العاقدين الى الآخر والبيع عبارة عن اثر شرعي يظهر في المحل عند الاجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف واليه اشار بقوله البيع ينقذ حيث لم يقل البيع هذان اللذان والاجاب عبارة عما يتقدم من احد العاقدين من قولها بعث واشتريت والدليل عليه ما ذكره مطلقا بعد هذا بقوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع والمراد من الاجاب ههنا هو الاثبات لان يكون المراد منه الزام حكم على وجده يأنم صاحبه عند تركه لانه لا ولاية لاحدهما على الآخر فبقوله بعث يثبت كلام نفسه او يثبت الجواب على الآخر اما بالرد او بالقبول وذلك لان لا يجاب فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب اي التحقق والثبوت فان قوله بعث قبل ان يتكلم (به)

(كتاب البيوع)

والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار وقد استعمل فيه فيعتقد بلفظين احدهما
لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وتدمير الفرق هناك وقوله رخصت
او اعطيتك بكذا اوخذ بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لا يؤولدي معناه والمعنى هو المعتبر
في هذه العتود ولهذا ينفرد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة *
قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فلا خيرا بالخيار

به البائع كان في حيز الجواز فلما قال بعت فقد صرف ذلك الجواز الى الثبوت فكان
هو مشبه الكلام ومثبنا للجواب على الآخر فعلى الوجه الاول كان ينبغي ان يسمى التبول
انجبا ايضا لان المشتري ما قبل ما اوجب البائع بسمى قبل الملتزمين السابق واللاحق *
قوله والإنشاء يعرف بالشرع وهو اثبات ما لم يكن ثابتا لان الواضع لم يضع للإنشاء
لفظا خاصا استعمل اللفظ الذي وضع للإخبار عن الماضي للإنشاء وانما خص بلفظ
الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا لا وحكمة فكان الوجود حقا له
بمقتضى الحكمة فاذا قصد الإنشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار
عن الماضي * **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه لو قال
زوجني فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح والفرق ان النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة
وهما يدلان على ان المراد الحال اما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله ابيعك عدة ويعني استيما
وطلبا وذا لا يدل على الوجود لا محالة ولان قوله زوجني تنسك تفويض العقد اليها
فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان ما موراثا ولا ينفذ
في البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذا لم يكن احدهما موليا عليه من الآخر
ولا يلزم عليه انه لو قال خذه بالفاء فان البيع ينعقد به لانه امره بالاخذ بالالف وليس له ولاية الامر
بالاخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعتك بكذا فخذ * **قوله** في النفيس
والخسيس وهو الصحيح المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء ومن الخسيس ما يقل (ثمنه)

(كتاب البيوع)

ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضا واذا لم يقدر الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر

ثمne كالقبل والرمانة واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه قال انما يعتد البيع بالتعاطي في الاشياء الخسيسة نحو البقل وعامتهم على انه يعتد في جميع الاشياء الخسيسة والنفسية في ذلك سواء لانه وجد التراضي وهو المعتبر في الباب الا انه لما كان باطنا اقيم الايجاب والقبول مقامه لدلالتهما على التراضي والتعاطي ادل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطي الاعطاء من الجانبين عند شمس الائمة المحلواني رحمه الله وقيل الاعطاء من احد الجانبين يكفي *

قوله ان شاء قبل في المجلس خيار القبول يمتد الى آخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور **سنة** المشتري يحتاج الى التأمل والتروي انه هل يوافقهم لا يفعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر * **قوله** لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل تعلق به حق المشتري فوجب ان لا يتمكن من ابطاله كمن عجل الزكاة الى الساعي قبل تمام الحول فانه لا يتمكن من استرداده قبل تمام الحول لتعلق حق الفقير به وكذا الوضئ المكفول عنه المال الى الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الى صاحب المال شيأ ليس للمكفول عنه ان يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله فلنا ما الزكاة فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فخلق حق الفقير بالمعجل نظرا الى وجود اصل العلة وما الكائن فلان الكفيل وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ولهذا اصح ابراء الكفيل للمكفول عنه قبل اداء الكفيل والابراء عن الدين (قبل)

(كتاب البيوع)

وَالْكِتَابُ كَالْخَطَابِ وَكَذَا الْإِرْسَالُ حَتَّى اعْتَبِرَ مَجْلِسُ بُلُوغِ الْكِتَابِ وَأَدَاءُ الرِّسَالَةِ
وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمُبَيْعِ وَلَا أَنْ يَقْبَلَ الْمُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ لِعَدَمِ رِضَاءِ
الْآخَرِ بِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ إِلَّا إِذَا بَيَّنَّ ثَمَنٌ كُلُّوَاحِدٍ لَأَنَّهُ صَفَقَاتٌ مَعْنَى *

قَبْلَ الدِّينِ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ الْمَطَالِبَةُ تَنْتَهِى إِلَى وَقْتِ الْإِدَاءِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الدِّينِ الْمَوْجَلِ
فَمِلْكُهُ بِقَبْضِهِ وَأَمَّا هُنَا فَبِمَجْرَدِ إِجْبَابِ الْبَيْعِ لَمْ يَثْبِتْ لِلْمُشْتَرِي فِي الْمُبَيْعِ مَلِكٌ وَلَا حَقٌّ
قَبْلَ شِرَائِهِ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنْ يَثْبِتَ لِلْمُشْتَرِي حَقَّ التَّمَلُّكِ وَلَكِنْ هَذَا لِإِعَارِضِ حَقِيقَةِ الْمَلِكِ
فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَوْجِبِ الرَّجُوعَ يَلْزَمُ تَعْطِيلُ حَقِّ الْمَالِكِ بِحَقِّ التَّمَلُّكِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ لِاتِّرَائِ
أَنْ لِلْأَبِ حَقَّ التَّمَلُّكِ فِي مَالِ الْإِبْنِ ثُمَّ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ كَيْفَ مَا شَاءَ وَإِرَادَ *

قوله وَالْكِتَابُ كَالْخَطَابِ وَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ يَقُولُ أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ بَعْتُ عَبْدِي فَلَنَا مِنْكَ
بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَمَّا بَلَغَهُ الْكِتَابُ قَالَ فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ اشْتَرَيْتُ أَوْ قَالَ قَبِلْتُ تَمَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا وَكَذَا
الْإِرْسَالُ وَهُوَ أَنْ يُرْسِلَ رَسُولًا يَقُولُ الْبَائِعُ بَعْتُ هَذَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَذَهَبَ
يَا فُلَانُ فَقَالَ لَهُ فَذَهَبَ الرَّسُولُ فَخَبَّرَهُ بِمَا قَالَ فَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ اشْتَرَيْتُ
أَوْ قَالَ قَبِلْتُ تَمَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا لَأَنَّ الرَّسُولَ مُعَبَّرٌ وَسَفِيرٌ يُنْقَلُ كَلَامُهُ إِلَيْهِ فَإِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْجَوَابُ
يَنْعَقِدُ وَكَذَا الْجَوَابُ فِي الْإِجَارَةِ وَالْهَبَةِ وَالْكِتَابَةِ فَمَا فِي الْحَلْعِ وَالْعَتَقِ عَلَى مَا لَفَنَهُ
يَتَوَقَّفُ شَطْرُ الْعَقْدِ مِنَ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى عَلَى قَبُولِ الْآخَرِ وَرَأْيِ الْمَجْلِسِ بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى أَنْ
مَنْ قَالَ خَالَعْتُ امْرَأَتِي فَلَانَةَ الْغَائِبَةَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَمَّا خَبَّرَهَا الْخَبْرَ فَاجَازَتْ أَوْ قَبِلَتْ صَحَّ
وَكَذَا الْإِعْتَاقُ عَلَى مَا لَفَنَهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الْعَبْدِ وَأَنْ كَانَ غَائِبًا بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ
فَأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ فَمَا فِي النِّكَاحِ فَلَا يَتَوَقَّفُ الشَّطْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُونُسَ
رَحِمَهُمَا يَتَوَقَّفُ **قوله** وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمُبَيْعِ وَإِذَا أَوْجَبَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ فِي شَيْئَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ
وَإِرَادَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ الْعَقْدَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَهَذَا عَلَى وَجْهِهِ أَنْ كَانَتْ الصَّفَقَةُ وَاحِدَةً
فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَأَنْ كَانَتْ مُتَفَرِّقَةً فَلَهُ ذَلِكَ وَهَذَا لَأَنَّ الصَّفَقَةَ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً فَلِلْمُشْتَرِي (بِقَبُولِ)

(كتاب اليعوق)

قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الاجاب

بقبول العقد في احدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الردي الى الجيد في البياعات وينقصون شيئا عن ثمن الجيد لترويج الردي بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما والمشتري يقبل العقد في الجيد وينترك الردي على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع وقيل القدوري رح الا ان يرضى البائع في المجلس نحو ان يقول بعنك هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فيرضى به البائع او يقول بعنك هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في احدهما فيرضى به البائع او يقول بعنك هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في احدهما فيرضى به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف الاجاب لا قبولا فاذا رضى به البائع في المجلس يصح قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثل في العبد الواحد وفي القفيزين لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل قفيز معلومة فاما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القصة نحو ان اضاف العقد الى عشرين او ثوبين لم يصح العقد اذا قبل المشتري في احدهما وان رضى به البائع لان القبول من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء الاجاب فاذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة لوجاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وانه لا يجوز ولو قال بعنك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري البيع في احدهما ذكر في بعض المواضع انه يجوز وذكر في الجامع انه لا يجوز الا ان يقول بعنك هذين العبدين بعنك هذا بمائة وبعنك هذا بمائة فقبل المشتري احدهما جازا ما اذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول احدهما وان سمي لكل واحد منهما ثمنا فعلى هذا قوله في المتن الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقت بمعنى اي الان يدرج (تكرار)

(كتاب البيوع)

لان القيام دليل الاعراض والرجوع ولهذا ذلك على ما ذكرنا * واذا حصل الاجاب،
والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح
ثبت لكلوا حد منهما خيار المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

تكرار لفظ العقد لان به تعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا يضمن بيان اتحاد الصفقة
وتفرقها فنقول اذا اتحد البيع والشراء والثنى بان ذكر الثمن جملة والبائع واحد
والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمي
لكل بعض من المبيع ثمنا على حدة واتحد الباقي بان قال البائع بعتك هذه الانواب العشرة
كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة ايضا وكذلك اذا كان البائع واحدا والمشتري
اثنين والثمن ذكر جملة بان قال البائع لرجلين بعته هذا منكمما بكذا وقال المشتريان اشترينا
هذا منك بكذا كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد واما الكلام في جانب التفرق
فنقول ان تفرقت التسمية بان سمي لكل بعض ثمنا على حدة ويكرر البيع او الشراء
والبائع واحد والمشتري واحد بان قال البائع لرجل بعته منك هذه الانواب العشرة
بعشرة وبعتك هذا بخمسة او قال المشتري اشتريت منك هذه الانواب اشتريت هذا بعشرة
واشريت هذا بخمسة كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق واما اذا تفرق الثمن الا انه لم يكرر لفظ
البيع والشراء واختلف العاقدان كان من احدا الجانبين اثنين او كان من كل جانب اثنين ذكر
في بعض المواضع انها صفقة واحدة وذكر في بعض المواضع انها صفقتان قيل الاول استحسان
والثاني قياس وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قول صاحبيه رح * ذكر في المغرب
الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه *

قوله لان القيام دليل الاعراض فان قيل اذا قال بعد القيام قبلت كان ينبغي
ان يعتقد لان الصريح اقوى من الدلالة قلنا ان رجحان الصريح على الدلالة
انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل ان ثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت (حكم)

(كتاب البيوع)

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز التحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعد ها او يحتملة فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال

حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وان كان هو قويا في نفسه لانه انفسخ بمجرد القيام ما كان متوقفا والمفسوخ لا تلحقه الاجازة *

قوله ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر لان العقد لما تم بالايجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من ايها كان ابطال حق للآخر بلارضاه فلا يجوز كما بعد الافتراق عن المجلس **قوله** والتحديث محمول على خيار القبول والتفرق تفرق الاقوال اي اذا اوجب احدهما البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل وللموجب خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا فان تفرقا قولاً بان قال احدهما بعث والاخر اشتريت لم يبق الخيار بعده **قوله** وفيه اشارة اليه اي في الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعد ها ولا قبلها كالمقارنين والمناظرين وتحقيقه ان الاحوال ثلث حالة لم يوجد فيها الايجاب والقبول وحالة وجد فيها وحالة وجد فيها احدهما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الاولى والثانية مجاز باعتبار ما يؤل اليه او باعتبار ما كان فبقيت الحالة الثالثة اذ هي جامعة قريبة الى الحقيقة اذ الشارع ابقى الايجاب مادام في المجلس ليرتبط بالقبول فان قيل بعد وجود كلاهما ابقاها الشارع متبايعين لما ان الشارع اعطى للعقد الشرعية محكم الجواهر لما صرف قلنا الباقي بعد كلاهما حكم كلاهما لاحقيقة كلاهما فان الكلام كما وجد يضمحل ويتلاشى فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما ان التفرق تفرق الابدان قلنا تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون ردا لاحتمال آخر كيف قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في زوابة المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما فان قيل ففي كل واحد من المحملين اعني ما حمله الشافعي وما حملناه نوع مجاز (اعما)

(كتاب البيوع)

قال والاعراض المشار اليها لا يحتاج اليها معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تقضي الى المنازعة *

اما فيما حمله الشافعي فما ذكره وما فيها قلنا فهو ان التفرق من الاوصاف فقيامها لا يكون الا بالاعيان فلما ساند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز الا ان يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك ان يسند التفرق الى البدن ليكون قولنا بحقيقة التفرق قلنا نعم كذلك الا ان اسناد التفرق الى غير الاعيان شائع وناش في مجاري الكلام فصار هو بسبب فشوا الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال تعالى لا تفرق بين احد من رسله هذان في الاعتقاد قال وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته هذا في النكاح وقال هم تفرق امتي بعدي على ثلاثة وسبعين هذا ايضا في الاعتقاد فكان الحمل على القول حملا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث انه يتسارع اليه الافهام وصيانة لاسم المتياعين عن الحمل على ما ذكرنا * وذكر في الاستسار ان المراد من الخيار المذکور خيار الاقالة بدليل انه اضاف اليهما وانما الاقالة اشيرة تتعلق باختيارهما جميعا لا الرد بخيار المجلس * وذكر في الإيضاح ولا كلام للشافعي رح من حيث الفقه فان قضية العقد للزوم لانه تم بهما وتعلق به حق كل واحد منهما فثبتت الخيار يستدعي سببا لامحالة ولم يوجد وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رح **قوله** واحتمله اي يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل وقد دل عليه ما ذكرناه *

قوله والاعراض المشار اليها هذا يتناول الحجرين وغيرهما ثمنا كان او مشتملا لان الاشارة كافية في الكل انهي ابلغ اسباب التعريف الا في الاحوال الربوية فان الاعراض اذا كانت من الاموال الربوية كالدرهم والدنانير والجنطة والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وان اشير اليها **قوله** في جواز البيع احتراز عن السلم لان معرفة (مقدار).

(كتاب البيوع)

والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفاتها تمنع الجواز هذا هو الاصل * **قال** ويجوز البيع بثمن حال وموجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى **وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاماً الى اجل معلوم ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا ايطالبه في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها *

قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرّف اليه تحرياً للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالبية فان كانت سواء فيها

مقدار رأس المال شرط فيه عند ايجافه ربح اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره * **قوله** والاثمان المطلقة اي الكاملة في الثمنية وهي الحجران لانها خلقا للثمنية او اراد به غير المشار اليها الوجهين احدهما انه ذكر في مقابله المشار اليه والثاني ان ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشار اليه وان لم يكن هو مخلوقا للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة * والاموال ثلثة ثمن محض وهو ما يكون مقوماً لنفسه ولغيره وسلعة محض وهو ما لا يكون مقوماً لنفسه ولغيره واثري بينهما وهو ما يصلح ثمناً اذا كان موجلاً كاملياً والموزون * وصورة الاثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه وكذا الوال بالدرهم وبيان القدر ان يقول عشرة او خمسة وبيان الصفة ان يقول بخاري او سمرقندي **قوله** وكل جهالة هذه صفاتها وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز من جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان مجهول القدر ومشار اليه وكما لو باع عبداً من عبيد علي ان المشتري بالخيار وكما لو باع تقيزاً من صبرة طعام مشار اليها **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع (اي)

(کتاب الینوع)

كالثاني والثلاثي والنصرتي اليوم بمسوقين والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية * **قال** ويجوز بيع الطعام والحبوب بمكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربو اولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة *

قال ويجوز بانه بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تنفي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن ابى حنيفة راجح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدوهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابى حنيفة راجح

الا ان يسمى جميع قفزاتها

أي ذكر القدر دون الصفة بأن قال اشتريته بعشرة دراهم ولم يقل أنها بخارية أو سمرقندية فإنه
لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الأولى قبل الاستثناء ولو ذكرها من تلك المسئلة
بعد الاستثناء وهي قوله والائمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون مع بعض شيء من صفته *
قوله كالثاني والثلاثي بأن يكون النقد الواحد أحاديًا وهو أن يكون الواحد منه درهما
والآخر ثنائيًا وهو أن يكون الاثنان منه درهما والآخر ثلاثيًا وهو أن يكون الثالث منه درهما فمالية
الاثنين أو الثالث بمالية الواحد من الأحادي ولا يسمى الواحد من الثاني والثلاثي درهما في ذلك
العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الأشياء وهو الواحد من الأحادي والاثني
من الثاني والثالث من الثلاثي فتح يصح العقد على الدرهم المطلق **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب
مكايلة ومجازفة وهذا إذا باعه بخلاف جنسه هذا إنما يفيد فيما إذا كان شيئًا يدخل تحت الكيل فاما
إذا كان قليلًا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وإن كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من
من الحنطة بمنوبين من الحنطة يجوز كذا في الذخيرة * **قوله** ومن أيسنيفة رح (أنه)

(كتاب البيوع)

وقال يجوز في الوجهين له أنه تعذر الصرف الي الكل لجهالة المبيع والتمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالا جماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتهما ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبيدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار

انه لا يجوز في البيع ايضا لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة وبذ كر القدر ففي المجازفة المفقود عليه ما يشار اليه وعند ذ كر القدر المعتقد عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن المكيل معلوما وعن ابي يوسف رح في بيع المعين ان عين مكيا لا ينكس بالكس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينسبط كالقصعة ونحوها يجوز *

قوله وقال يجوز في الوجهين اي سمي جملة القفزان اولم يسم **قوله** لجهالة المبيع والتمن فان قيل سلمنا ان فيد جهالتهما ولكن الجهالة انما تفسد البيع اذا كانت مفضية الى المنازعة وهذه ليست بمفضية اليها لان كل قفيز مقابل بدرهم وقد ترا ضيا به فبعد ذلك لا يتفاوت بين ان تكون الصبرة مائة قفيز ولم تكن قلنا قد تفضي الى المنازعة لان البائع يطالب من المشتري قبض الثمن اولا والتمن غير معلوم وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لان ذلك انما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان **قوله** ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتهما ومثلها غير مانع فان قيل بل مثلها مانع ايضا كما في البيع بالرقم فانه فاسد وان كانت ازالة الجهالة بيدهما قلنا انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو سببه بمنزلة القمار لانه يحتمل ان يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم او اكثر او اقل وعن هذا (قال)

(كتاب البيوع)

لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس اوسمي جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن ،
فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع *

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رح وان علم بالرقم في المجلس لا ينقلب
ذلك العقد جائز اولكن ان كان البائع دائماً على الرضى فرضى به المشتري ينعقد
بينهما عقد ابتداءً بالتراضي واما في مسئلتنا قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك
يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة بيدهما فيجوز واما جواب ابي حنيفة رح
من بيع عبد من عبدتين ان القباس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحساناً بالنص
والاصل عند ابي حنيفة رح ان كلمة كل متى اضيفت الى ما لا يعلم منتهاه تتناول
ادناه وهو الواحد كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد وكذا اذا اشترى
صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم وكذلك اذا آجر داره كل شهر يلزمه العقد في شهر
واحد وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوماً بالاشارة اليه واما فيما يعلم جملة
بالاشارة فليعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجنس بالثمن لان الاشارة ابلغ
في التعريف وهنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل عندنا ولا جهالة في ثمن
كل واحد منها والجهالة التي في جملة الثمن لا تقضي الى المنازعة وفي الفوائد الظهيرية
فان قيل ما ذكره ابو حنيفة وصاحباة رح ينتقض بما اذا قال كل امرأة اتزوجها فبهي
طالق او قال كل عبد اشترته فهو حر فانه ينصرف الى كل امرأة يتزوجها والى كل
عبد يشتره فينبغي ان لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفاقاً لئلا نحسن ندعي
ذلك فيما يجري فيه المنازعة لا فيما لا يجري فيه النزاع *

قوله لتفرق الصفقة عليه فان قيل ينبغي ان يكون للبائع الخيار ايضا لتفرق الصفقة عليه
ايضاً قلنا التفرق في حقه جاء من قبله لامتناعه عن الكيل للكل فكان راضياً به فان قيل ينبغي
ان لا يكون للمشتري الخيار على قول ابي حنيفة رح لان شراء الصبرة يقع على قفيز (واحد)

كتاب البيوع

قال ومن باع فطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة ربح وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا اكل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعندنا ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من فطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للثبوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تنضي الجهالة الى المنازعة فيه وتنضي اليها في الاول فوضح الفرق *

قال من ابتاع صبرة طعام على انها مائة تفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصنفه عليه ثبيل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض

واحد عنده فكانه اشترى تفيزا من صبرة وثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العامي فاذا لم يكن للمشتري عالما بان العقد واقع على قفيز واحد وقد علم الآن بثبت الخيار عند العلم كما لو كبل او سمي جملة ففزانها في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثم رآه لان الثمن كان مجهول القدر عنده وانما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه ثمنا في الحال فيتخير لاجله ويسمى هذا خيارا لكشف *

قوله والقدر ليس بوصف اعلم ان المشائخ ذكروا في الفرق بين الاصل والوصف حدوبا قبل ان مما يتبهب بالتبعض والتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتبهب بالتبعض والششيقص فالزيادة والنقصان غير اصل وقيل الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والاصل ما لا يكون بهذه المثابة وقيل ان ما لا ينتقص الباقي فهو اصل وما ينتقص الباقي بذواته فهو وصف فعلم بهذا ان القدر في المكبلات والموزونات اصل والذراع (في)

(كتاب البئوع)

والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذ به كل الثمن بخلاف
الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذ به حصته الا انه يتخير لقوات الوصف
المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضاء
قال وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صنفه فكان بمنزلة
ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم

في المذروعات وصف فاذا انتقص قفيز من مائة تفيز لا يتعيب الباقي ويشترى الباقي بالثمن
الذي كان بحصته مع التفيز الواحد واليد والعين اذا فاتتا ينتقص قيمة النفس وكذا الذراع الواحد
من الثوب او الدار اذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فان العباثي
اذا كان خمسة عشر ذراعا ويشترى بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة اذرع منه
لا يشتري الباقي بعشرة دنانير *

قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن دل عليه ان الجارية اذا عورت في يد البائع قبل
القبض لا يسقط شيء من الثمن وكذا للمشتري ان يبيعها مرا بحة بالثمن الاول من غير بيان
فان قيل الاوصاف لولم يقابلها شيء من الثمن وجب ان لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد
حتى ان رجلا واشترى عبدا فاعتقه او مات عنه ثم اطلع على انه لم يكن اصابع يده تامة
يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف قلنا
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا اذا صارت متصودة بالتناول حقيقة او حكما اما حقيقة
فكما اذا باع عبدا فنقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار متصودا بالقطع
واما حكما فبان يكون امتناع الرد لحق الشارع ولحق البائع اما حق البائع فكم اذا تعيب المبيع
عند المشتري واما حق الشارع فكم اذا زاد المبيع بان كان ثوبا فخاطد ثم وجد به عيبا فالوصف
منه صار مقصودا باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الفوائد الظهيرية **قوله**
كاطراف الحيوان كما اذا اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم * (قوله)

(كتاب البيوع)

ولو قال بعثتها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدناها قصة فالمشتري بالخيار أن شاء أخذها بحصتها من الثمن وأن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذ به بكل الثمن لم يكن أخذ الكل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار أن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسح البيع لأنه أن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ولو أخذ به بالقل لم يكن أخذاً بالمشرط *

قال ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فباعها فاسد عند البيع ففسد ما كان من مائة ذراع من مائة سهم من مائة سهم جازي قولهم جميعاً لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة سهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به فاستعير لما يحلله الذراع

قوله ولو قال بعثتها على أنها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدناها قصة فالمشتري بالخيار أن شاء أخذها بحصتها من الثمن وأن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذ به بكل الثمن لم يكن أخذ الكل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار أن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسح البيع لأنه أن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ولو أخذ به بالقل لم يكن أخذاً بالمشرط *

قوله ولو قال بعثتها على أنها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدناها قصة فالمشتري بالخيار أن شاء أخذها بحصتها من الثمن وأن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذ به بكل الثمن لم يكن أخذ الكل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار أن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسح البيع لأنه أن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ولو أخذ به بالقل لم يكن أخذاً بالمشرط *

لما صروا أصل من وجه لأنه عين ينتفع به بفراده فعملنا بالشبهين في الجانبيين فقلنا إذا قابل كل ذراع بدرهم كان أصلاً لأن مقابلة الثمن من خواص كونه أصلاً إذا التزم لا يقابل إلا وصاف فنزل كل ذراع منه منزلة ثوب فإن قيل الذراع لو كان أصلاً على تقدير الأفراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب أن يمنع دخول الزيادة في العقد كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أقدرة فإذا هي إحدى عشر لا تدخل الزيادة في العقد قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لأنه يصير بائعاً بعض الثوب وإن لا يجوز بخلاف الصبرة كذا في الفوائد الظهيرية * وفي شرح الطحاوي وكذلك كل وزني إذا كان في تبعيضه مضرراً كالدرية وكالأناء من فضة أو صفراً وما أشبه ذلك اشتراه على أنه كذا فوجدته أقل أو أكثر فهو على التفصيل الذي ذكرناه في الدرعي لأن الوزن فيما في تبعيضه مضرراً من جملة الصفات كالذرع في الدرعي * (قوله)

(كتاب البيوع)

وهو المعين دون المفاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند البيهقي في ح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلا فاما بقوله الخصاف لبقاء الجهالة

قوله وهو المعين اي الذي وقع عليه الذراع معين الا انه مجهول لان الخشبة تحل مكانا معيناً فيكون مجازاً عن المعين لاعتناء الجزء الشائع لاستحالة ذرعه وانما الجهالة في ان تلك العشرة في اي موضع من الدار في صدرها واسفلها وفي غير ذلك بخلاف السهم لان عشرة اسهم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالة تقضي اليها المنازعة فكان صاحب عشرة اسهم شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في اي موضع كان فلا تؤدي الى المنازعة **قوله** خلا فاما بقوله الخصاف رحمه الله ذكر الخصاف في هذه المسئلة ان فساد المبيع عند ابي حنيفة رح لجهالة جملة الذرعان فاما اذا عرفت مساحتها يجوز عنده وجعل هذه المسئلة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة ان كان عدد جملة الشاة معلوماً يجوز عنده وان لم يكن معلوماً لا يجوز * وذكر ابو زيد الشروط ان على قول ابي حنيفة رح البيع فاسد وان علم جملة الذرعان وهو جواب الجامع وهو الصحيح **قوله** لبقاء الجهالة اي الجهالة باقية علم جملة الذرعان او لم يعلم فالمشتري يطالبه من مقدم الدار والبائع يسلم من مؤخرها فتؤدي الى النزاع وما يوضح الفرق بين السهم والذراع ان ذراعاً من مائة ذراع وذرعا من عشرة اذرع سواء وسهم من عشرة اسهم لا يوازيه سهم من مائة سهم وذكر في الجامع الصغير للامام شمس الاثمة السرخسي رح ولم يذكرهما ولا في البيوع انه لو اشترى عشرة اذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما فمن اصحابنا من يقول ينبغي ان لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها والاصح انه يجوز عند همالان هذه الجهالة لا تقضي الى المنازعة فانه يمكن ان يذرع جميع الدار حتى اذا كانت مائة ذراع علم ان المبيع عشرة (وان)

(كتاب البيوع)

ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثنان فاذا هو تسعة واحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع والثلث ولو بين لكل ثوب ثمانية اثنان في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما

وان كان خمسين ذراعا علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهما منها ولم يقل من كذا كذا اسهما لان تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة اسهم العشر اما في الذراع فزالة الجهالة ممكنة *

قوله ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثنان فاذا هو تسعة واحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او اثنان اما في فصل النقصان فلجهالة الثلث لانه يحيط ثلث ثوب واحد وثلث ثوب واحد مجهول لانه اذا لم يسم لكل ثوب ثلثا فالثلث انما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدري قيمته الغائب يتيقن اذا لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا حتى يطرح عن المشتري قيمته فاذا صار له حصة الغائب مجهولة صار ثلث الباقي مجهولا ضرورة وهذا لا نال لصورنا الغائب جيدا انتقص حصة الباقي ولو صورناه رديا تزيد حصة الباقي فوضح ان ثلث التسعة مجهول وجهالة الثلث توجب فساد البيع واما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لان المبيع عشرة من احد عشر اثنان على العشرة لم يدخل تحت البيع ويبيع عشرة من احد عشر فاسد للجهالة المفضية الى المنازعة وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا يدري اي ثوب يرد على البائع الجيد ام الردي والبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع **قوله** ولو بين لكل ثوب ثمانية اثنان قال كل ثوب بعشرة فان نقص صح بقدره لان المبيع معلوم كانه مشار اليه والثلث معلوم ايضا لانه متى سمي لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة بخلاف (ما)

(كتاب البيوع)

وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطاً لجواز العقد في الهروي
وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعذ وهم فافتراقاً * ولوا شترى ثوباً واحداً على أنه عشرة
اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح
في الوجه الاول ياخذة بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذة بتسعة ان شاء
وقال ابو يوسف رح في الوجه الاول ياخذة باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة
ان شاء وقال محمد رح ياخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير
لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه

ما اذا لم يسم ثمانان حصة الغائب لا تعلم انها عشرة ام تسعة ام أحد عشر فجها لانه تؤثر
في جهالة الباقي وله الخيار ان شاء اخذ كل ثوب بما سمي وان شاء ترك لانه ربما
يكون الباقي ردياً والغائب جيد او المشتري انما رغب في الردي لمكان الجيد فيتضرر
بتفرق الصفقة قبل التمام فيتخير دافعاً للضرر عنه وان زاد فسد لان العقد تناول العشرة
فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولاً واكثر مشائخنا على
ان الجواز في فصل النقصان قولهما اما عند ابني حنيفة رح فالعقد فاسد لان العقد فسد
في البعض لمفسد مقارن وهو عدم المعقود عليه اذ لا سبب للفساد ثوبين من عدم المعقود عليه
والعقد متين فسد بمفسد مقارن للعقد يفسد عنده في الباقي كما لو جمع بين حر وعبد
او اشترى ثوبين على انهما هزويان وبين ثمن كل واحد منهما فوجد احدهما مروياً
فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متين فسد في الكل اذ اوجد احدهما خلاف جنس
ما سمي فلان يفسد ههنا ولم يوجد احد ما سمي اصلاً ولى قال شمس الائمة السرخسي رح
الاصح ان هذا قولهم لانه انما فسد العقد في الكل ثمه لوجود العلة المفسدة وهي انه
جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً لقبوله في الآخر ولم يوجد ههنا لانه ما جعل
قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود ولا قصد ايراد العقد على المعدوم (وانما)

(كتاب البيوع)

فيجري عليه حكمه ولا يبيوسفرح انه لما افرد كل ذراع بيدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة
وتد انتقص ولا يحنيفة ر ح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع
فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري
ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

وانما تصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسألة الهرويين لانه جعل ثمة قبول العقد
في كل واحد من الثوبين شرط القبول في الآخر وهو شرط فاسد وكذا في مسألة السحر لانه شخص موجود
بتحقق الاضافة اليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطاً فاسداً ولا كذلك ههنا لان القبول يشترط في المعلوم
قوله فيجري عليه اي فيجري على النصف حكم المقلبة وفي بعض النسخ فيجزأ عليه
من التجزئة وهو ظاهر **قوله** فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت العشرة
والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة وفي الذخيرة وما قال
ابوحنيفة ر ح اصح لان الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير اصلاً بمقلبة الثمن
به والمقلبة متقدمة بالذراع فاذا عدم الذراع لم يثبت جهة الاصل لثبوت العبرة لكونها صفة
فصارت زيادة نصف ذراعاً زيادة في صفة الجودة فيسلم له من غير ثمن واما الجواب
عن قول محمد ر ح بان الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلاً بنصف الذراع
ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار اصلاً باعتبار الافراد بمقلبة
الافراد واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقلبة مقتضبة على موضع
الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقلبة من حيث اللفظ رجع الذراع الى اصله وهو الصفة وهذا
هو الجواب ايضا عن قول ابيوسف ر ح وما ذكر ان الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت
جوانبه وفيها يضره التبعض كالقميص والسراويل والعمائم والاقبية اما اذا اشترى كرباساً لا يتفاوت
جوانبه على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو واحد عشر لا تسلم له الزيادة وعلى هذا اذا
باع ذراعاً من هذا الكرباس ولم يغب موضعاً يجوز كما اذا باع ثياباً من الصبرة * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولأنه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعها ومن باع أرضا دخل ما فيها من الخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها للقرار فاشبه البناء

قوله فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف فإن قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انتهت بحث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حث بعد الانتهاء بالبناء لأن الكل ينتهي بانتفاء الجزء مع أن الأيدان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هناك اليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغوازم تكن داعية إلى اليمين فإن كانت داعية إلى اليمين تعتبر الأقوى أن من حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمرًا لم يحنث وقد اعتبر الصفة في المعين لأن صفة الرطوبة داعية إلى اليمين فقد يضرب كل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكله لحمه بعدما صار كلبًا لم يحنث وصفة البناء غير داعية إلى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانتهاء من فحنث بعده وصفة البناء داعية إلى الشراء لأن الدار إنما تشتري للسكنى ولا سكنى بل بالبناء فسل البناء في الشراء عرفاً * **قوله** ولأنه متصل به اتصال قرار والأصل أن العرصة أصل في الدار لأن قرار البناء عليها وإنما دخل البناء وما كان متصلاً بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة اتصال قرار وما لا يكون متصلاً بالبناء لا يدخل في بيع الدار بل لا ذكر إلا إذا كان شيئاً جرى العرف بين الناس أن البائع يسامح به فحيد دخل بل لا ذكر ولهذا قلنا أن الغلق يدخل في البيع بل لا ذكر لكونه متصلاً بالبناء والمفتاح لا يدخل قياساً لأنه غير متصل بالبناء فصارت كتب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف إذا البائع لا يمنعه عن المشتري بل يسلمه مع الدار عرفاً والفعل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء لا يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسلم * (قوله)

(كتاب البوع فصل)

ولا بد خل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشا به المتاع الذي فيها
ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يفترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمره للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقه فهو للقطع لا للبقاء
فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري
مشغول بملك البائع فكان عليه تفرغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح
يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد
وفي العادة ان لا يقطع وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فلنا هناك التسليم
واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال
له قيمة ولم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين
على ما بين فلا بد خل في بيع الشجر من غير ذكره ما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها
صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمبتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة
فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه
قبل ان يناله المشافرو المناجل ولا بد خل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق

قوله ولا بد خل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل بخلاف الحمل
حيث يدخل في بيع الام لانه جزء الام فيدخل وان كان بعرض الفصل **قوله** ولو نبت
ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل وقيل يدخل وفي شرح القدروري وشرح القاضي
الامام الاسيحي رح ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض من غير ذكره اذا لم ينبت بعد
او نبت وصار له قيمة اما اذا نبت ولم تصر له قيمة بعد يدخل وقيل لا يدخل والاول اصح
وفي فتاوى الفضلي اذا باع ارضا فيها زرع لم ينبت فان كان البذر قد عفن في الارض
فهو للمشتري والا فهو للبائع فان سقاء المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع
والمشتري متخوع فيما فعل وكذلك اذا نبت ولم يقوم بعد واختيار الفقهاء الليث (انه)

(كتاب البيوع فصل)

لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يد خلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها خلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به *

قال ومن باع ثمرة لم يد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتعابه في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يد صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا وبشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعادة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح لما قلنا واستحسنه محمد رحمه للعادة

انه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض نصا او دلالة كذا في الذخيرة **قوله** لانهما ليسا منهما اي الزرع والثمر ليسا من المرافق والحق لان الحق يذكر لما هو تابع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجل المبيع كالشرب والطريق والمرافق لما يرتفق به اي ينتفع به ويختص به من التوابع كالموضوع والمطبخ ومسبل الماء **قوله** ولم يد خلا لما قلنا وهو قوله لانهما ليسا منهما **قوله** ومن باع ثمرة ولم يد صلاحها بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلق الدواب وقيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها لانها مستحق القطع اذا لم يصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتعابها حالا ومالا فلم يصح **قوله** او هو صفقة في صفقة وهو اعادة او اجارة في بيع لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض الثمن فهو اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من الثمن فهو اعادة مشروطة في البيع **قوله** وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح لما قلنا اي انه شرط لا يقتضيه العقد ولا حد المتعاقدين فيه منفعة ومثله يفسد العقد وهذا لانه يحصل في المبيع زيادة جودة وطراوة والمشتري (فيه)

(كتاب البيوع فصل)

بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض او الشجر ولو اشترها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة وان اشترها مطلقا وتركها على النخل وقد استأجر النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطله

فيه نفع والمعتاد الترك بلا شرط لا شرط الترك وفي الاسرار الفتوى على قول محمد ر ح * **قوله** بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض والشجر وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشترها فيفسد العقد ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب انه لا يصح عند اخلافه ملك ر ح وكان شمس الائمة الحلواني والفضلي ر ح يفتيان بالجواز في الثمار والبائعين وغير ذلك ويجعلان الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعده تبعا استحسانا للتعامل الناس وقد روي عن محمد ر ح في بيع الورد على الاشجار انه يجوز ومعلوم ان الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض ببعض والاصح انه لا يجوز كذا في المبسوط لانه جمع في العقد بين الموجود والمعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا اما في البائعين والباطنين فلانه يمكن ان يبيع اصولها حتى يكون الجراد على ملك المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه ان يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي الى وقت وجودة فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم **قوله** لان هذا تغير حاله كتغير اللون والطعم والثمار اذا صارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها ولكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الا عدل الشمس والقمر والكواكب فلهذا اتى محمد ر ح استحسان جوازه (قوله)

(كتاب البيوع فضائل)

لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لان لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والتول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة خلافا لما لك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معلوما لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رض قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه

قوله لعدم التعارف والحاجة لان التعارف لم يجز فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولهذا الواستأجر نخلا ليحذف عليه الثياب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها على الاشجار **قوله** فبقي الاذن معتبرا فان قيل الاذن ثبت في ضمن الاستيجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه قلنا الاذن في الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم والمضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتا بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في ضمنه فيفسد الاذن فيتمكن الخبيث * **قوله** لان الاجارة فاسدة للجهالة اي لجهالة مدة الادراك فيصير المعقود عليه مجهولا فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحرق قبل ان يخر الادراك اذا طال البرد **قوله** ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة سواء كان على الشجر او بعد الجز خلافا لما لك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وهذه (الجهالة)

(كتاب البيوع فصل — ل)

موجوز بيع الحنطة في سنبها والباقلي في تشرة وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح
لا يجوز بيع الباقلي الاخضر وكذلك الجوز واللوز والفسق في تشرة الاول عنده وله
في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه

الجهالة تقضي الى النزاع اذ المشتري يطالب بالاجود والبائع يسلم الارذ اعلى انه
يحتمل ان الموجود ليس الا هذه الارطال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لان الاصل
ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد كما لو استثنى قفيزا
من صبرة وما لا يجوز انفراد به بالعقد لا يجوز استثنائه من العقد كما لو استثنى عضوا من الشاة
ونحوه وهذا لان الاستثناء استخراج بعض ما يتناوله الكلام في حق الحكم فاما يصح
في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصود او بيع قفيز من صبرة جائز فكذا الاستثناء
وبيع الحمل واطراف الحيوان لا يجوز فكذا الاستثناء وهذا لان الحكم فيه ثبت بعلة
الاصل فلا يستقيم استخراج منه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائم *

قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبها الخ فان قيل اذا باع حب قطن في قطن وبعينه او باع
نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز مع انه موجود في غلافه كالحنطة في سنبها قلنا اشار
ابو يوسف رح الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى
انك تقول هذه حنطة وهي في سنبها ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول
هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي الاصل انه اذا باع شيئا
وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبها وسائر الحبوب في سنبها
والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو باع لبنا في البصرع
او لحما في الشاة او شحمها او ليتها او اكارعها او جلودها او باع دقيقا في هذه الحنطة او زيتا
في هذا الزيتون او دهنًا في هذا السمسم او عصيرا في هذا العنب من الاشياء التي في خلقها
بحيث لا يمكن اخذها وقبضها الا بافساد الخلقة فلا يجوز البيع فيها * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

فأشبهه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض وأما من العاهة ولأنه حب منتقع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه ما لا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربوا لأنه لا يدري قدر ما في السنبل ومن باع دارا دخل في البيع مفاعيل أغلاقيها لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذا لا ينتفع به بدونه

قال وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكيلة وكذا أجرة العداد والوزان والذراع وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد بن روح لأن النقد يكون بعد التسليم لا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده

قوله فأشبهه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه أي تراب الفضة بتراب الفضة أو بالفضة و تراب الذهب بتراب الذهب أو بالذهب وهو تراب يجتمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة **قوله** نهى عن بيع النخل أي بيع ثمر النخل **قوله** حتى يبيض وأما من العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهرة يقتضي الجواز بعد وجود الغاية **قوله** كالشعير يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع **قوله** وفي مسئلتنا أي في بيع الحنطة في سنبله لو باعه بجنسه أي باع الحنطة في سنبله بالحنطة في سنبله لا يجوز لشبهة الربوا لأنه لا يدري قدر ما في السنبل **قوله** إذا لا ينتفع به أي بالغلق بدونه أي بدون المفتاح فإن قيل الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق قلنا شري الدار قد يكون مقصودا بدون الطريق لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا (من)

• • (كتاب البيوع فصل باب خيار الشرط)

وفي رواية ابن سماعه عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالتقد كما يعرف القدر بالوزن فيضخون عليه

قال وأجرة وزن الثمن على المشتري لاني ابيانه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اول الان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع

الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه لا يتعين بالتعيين تحقية للمساواة **قال** ومن باع سلعة بسلعة

او ثمنًا بثمن قيل لهما سلما معا لا ستوا لهما في التعين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

* باب خيار الشرط *

قال خيار الشرط جائز في البيع للمشتري والبائع ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها

عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استأجر دار ايدخل الطريق بدون الذكر *

قوله في رواية ابن سماعه عنه اي عن محمد ربح على المشتري وبه كان يفتي

المصدر الشهيد ربح **قوله** تحقيقا للمساواة اي في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية

ايضالا لان الدين انقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرتها فللمشتري ان يمتنع

عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا في المغني والله اعلم

* باب خيار الشرط *

البيع نوعان لازم وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الاضافة من باب اضافة الحكم

الى سببه كصلوة الظهر اذا لولا الشرط لما ثبت الخيار والموانع انواع ما يمنع انعقاد العلة كاضافة

البيع الى الحر وما منع يمنع تمام العلة كبيع مال الغير وما منع يمنع الحكم كخيار الشرط

وما منع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية وما منع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان

ان خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم ان الشرط من حل على الحكم دون السبب لان

الاثباتات لا تقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط داخلا على الحكم دون السبب فينتج السبب

ويتعلق الحكم قليلا للتعليق حتى لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حرا فاشتراه (بشرط)

(كتاب اليه ع باب خيار الشرط)

والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رض كان يغبى في البياعات فقال له النبي عليه السلام إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلثة أيام ولا يجوز أن يكثر منها عند أبي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقال لا يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رض أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ولا يبي حنيفة رح أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما يجوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا أنه إذا أجاز في الثلث جاز عند أبي حنيفة رح خلافاً لزفر رح هو يقول أنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً

بشرط الخيار للبائع تحلل اليمين لا إلى جزاء حتى لو اشتراه بعد ذلك بيعاً باتاً لا يعتق عليه فلو لا انعقاد السبب لما انحلت اليمين ولو لا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق **قوله** حبان بن منقذ بفتح الحاء المهملة وبالباء بفتحة واحدة تحتانية وقد كان يغبى في البياعات لما مومة أصابت رأسه من الخلابة الخداع يقال خلبه بمنطقة إذا مال قلبه بالطف القول وغبنه في البيع أي خدعه والغبن ضعف الرأي يقال ربل غيبين الرأي ومعنى قوله لا خلافة أي العدول من البيع إلي الخيار ليس مني غرور وخداع لك بل المقصود التروي ويحتمل أنه لا خلافة من جهة البائع لي يعني إثبات الخيار لي حتى أتروى وأدفع الغبن عن نفسي إن كان في هذا البيع **قوله** فصار كالتأجيل في الثمن أي جوز قلبه وكثيرة وإن كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة **قوله** فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة وذكر في المبسوط وأبو حنيفة رح استدلل بالحديث بأن النبي عم قدر الخيار بثلثة أيام والتقدير الشرعي إنما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التهديد ليس لمنع النقصان فإن اشتراط الخيار دون ثلثة أيام يجوز فعرّفناه أنه منع الزيادة إذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة (وفي)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وله أنه اسقط المفسد قبل تقررته فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفسار باعتبار اليوم الرابع فإذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسر بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسداً ثم يرفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الأول * ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في الثالث جاز في قولهم جميعاً

وفي حديث ابن عمر رض أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد به خيار الرؤية أو خيار العيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين *

قوله اسقط المفسد قبل تقررته فيعود جائزاً كما لو باع جذعاً في السقف ثم نزع وسلمه أو باع بالرقم وأعلمه في المجلس الرقم في الأصل الكتابة والختم والتأجير رقم الثياب أي يعلمها بأن نمنها كذا والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال أو غيره بأن ثمن الثوب كذا أو لا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب أو الدلال أو غيره بعثك هذا الثوب برقمه فقال المشتري قبلت من غير أن يعلم مقداره ينعقد البيع فاسداً ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقيله ينقلب البيع جائزاً بالاتفاق وهذا عند أهل العراق من أصحابنا رح فإن عندهم ينعقد العقد فاسداً ويرفع الفساد بحذف الشرط والأوجه أنه موقوف فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو مذهب أهل خراسان وأليه مال الإمام السرخسي رح **قوله** وهذا على الوجه الأول هو قوله وله أنه اسقط المفسد يعني أن القول بانعقاده فاسداً ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد إنما يستقيم على التعليل الأول وأما على التعليل الثاني وهو قوله ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع إلى آخره فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط لأنه لم ينعقد فاسداً إذا المفسد هو اتصال اليوم الرابع ولما أجاز في الأيام الثلاثة علم أن العقد كان جائزاً من الأصل (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانقاس عند عدم النقد تحزرا من المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة ر ح على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد ر ح في تجويز الزيادة وابو يوسف ر ح اخذ في الاصل بالاثرو في هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر ر ح وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا **قال** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمرضاة فلا يتم مع الخيار وهذا الواعقة ينقذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

قوله والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار في المقصود لانه يكون ثمة مخيرا في الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء وشرط الخيار جواز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير انه جعل ترك النقد امانة الفسخ والنقد امانة الامضاء كانه قال ان شئت اجزت العقد فانقد الثمن الى ثلاثة ايام وان شئت افسخه فلا انقد وفي الحاجة اذ كما يحتاج ثمة الى التروي في المبيع هل يوافق ام لا يحتاج ههنا الى التأمل في الثمن هل يصير منقودا ام لا فان قيل لو سكت ثمة حتى مضت المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة يفسخ البيع فلا يكون في معناه قلنا الحاجة ماسة الى انقاس العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع حين عدم النقد فكان ملحقا به من حيث الحاجة الى دفع الغبن **قوله** وابو يوسف ر ح اخذ في الاصل اي في شرط الخيار بالاثرو وهو ما روي ان ابن عمر رض اجاز الخيار الى شهرين وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام في خيار النقد بالقياس لان القياس في شرط الخيار ما قاله ابو حنيفة ر ح وانما تركناه باثر ابن عمر رضي الله عنهما ولا اثر ههنا بقي على اصل القياس **قوله** بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بي لتعلق الاقالة بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح منها فيه مفسد بان قال بعثك هذا العين على ان تقبله لم يصح وهذه اقالة صحيحة لانها غير معلقة وذكر في الفوائد الظهيرية ثم انه ان لم ينقد الثمن الى انقضاء ثلاثة ايام يفسد البيع (ولا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق **قال** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك

ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ ثم لو كان مثل هذا الشرط للبائع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن الي ثلثة ايام فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ ولو اعتقه البائع ينفذ

قوله ولو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة وقال ابن ابي ليلى رح لا شيء عليه لانه امين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع ماضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان الاصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري على ما يجي **قوله** وفيه القيمة اي في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشترى به فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيته اشترى به بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى **قوله** اعتبارا بالصحيح المطلق اي بالبيع الصحيح المطلق من الخيار (اذا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ولا عهد لنا به في الشرع ولا يحنيفة رح انه مالم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بائه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك زجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر *

اذا هلك المبيع في يد البائع ينفسخ البيع فان قيل ما فائدة قيده بالصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك قلنا اجراء لتصرفات المسلمين على ما هو الالبق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة *

قوله ولا عهد لنا به في الشرع اي غير معهود في شريعتنا ان يكون الشيء مملوكا ولا مالكا له فان قيل متولي الوقف اذا اشترى عبداً لخدمة للكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري قلنا غير معهود في الشرع اي في باب التجارة وما ذكره من النقص ملحق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم في الاوقاف كذلك ولانه مبقى على حكم ملك الواقف ولهذا يكون الثواب له **قوله** حكما للمعاوضة اخترزبه عن الضمان في غصب المدبر فان المدبر المصوب

اذا ابق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدله وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذاك ضمان جنائية لا ضمان معاوضة وكل ما في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب ان لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة وفي الفوائد الظهيرية ما قاله ابو حنيفة رح من كون الشيء مملوكا ولا مالكا له مشروع في الجملة كما في العبد المشتري لخدمة الكعبة وما قاله من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع اصلا فكان التعويل على ما قاله ابو حنيفة رح وذكر الامام الثمري في رح ويجوز ان يخرج الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة من الدين يزول (عن)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد تدانبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف *

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار

عن ملك المبت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله يزول عن ملك المبت منع اذا تركه مبقاة في حكم ملك المبت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه *
قوله وكذا اذا دخله عيب اي يلزم العقد وبجب الثمن هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا قطعت يده واما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعة كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت الثلثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح **قوله** ووجه الفرق انه اذا دخله عيب اي اذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا انه تعذر عليه الرد كما قبض سليمان من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم نلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او بفعل المبيع لانه محجز عن رده كما قبض بهي وجه تعيب عنده فسقط خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك فخير البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضي به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة اذ لو لم يبيع فيه لزم بعد موته وبذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء **قوله** ومن اشترى امرأته قيد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه يعين كونها بكرا او ثيبا في انه يكون مختارا للبيع بالوطئ بالاجماع سواء نقصه الوطئ او لم ينقصها * (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وان وطئها له ان يردّها لان الوطئ يحكم النكاح الا اذا كانت بكرًا لان الوطئ ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردّها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيباً ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتي على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريباً له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف وقال ان ملكت عبداً فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حبض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

قوله وان وطئها له ان يردّها اي وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطئ اما اذا نقصها فليس له الرد وان كانت ثيباً **قوله** بخلاف ما اذا قال ان اشتريته حيث يعتق عندهم جميعاً لانه كالمنشئ للعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوه الشرط فان قيل لو كان كالمنشئ للعتق لوقع عتق المجلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة اذا اشتراه ناوياً عن الكفارة فلنا انما جعلناه كالمنشئ تصحيحاً للجزاء اعني قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزء جعله كالمنشئ في صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** ان حبض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده وذكر في شرح الطحاوي فحاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار او حصل بعض الحيضة في مدة الخيار فاختلفت وصارت للمشتري ولا يجتزأ بملك الحيضة من الاستبراء عندها بحنيفة رح وعندهما يجتزأ بها **قوله** لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياساً واستحساناً فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياساً ولا يجب استحساناً لان الملك وان ثبت لكنه لم يقرر واجمعوا على ان العقد لو كان بائناً فسخ العقد بينهما باقالة او غيرها ان كان قبل القبض القياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان لا يجب وان كان بعده فلا استبراء واجب قياساً واستحساناً (قوله)

(كِتَابُ الْبَيْعِ بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ)

ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذواته فابراه البائع من الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد عنه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم

قوله ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له يريد به اذا ولدت في مدة الخيار وهي في يد البائع ولم يتبضها المشتري اما اذا كانت مقبوضة في يد المشتري وولدت عنده في مدة الخيار يستط الخيار ويثبت الملك للمشتري وتصير ام ولد له بالاتفاق لانها تعيبت بالولادة ويدل عليه ما ذكر في المبسوط وان اشترى جارية على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت عنده سقط خياره لانها تعيبت بالولادة وذكر الامام قاضي خان رح ومنها اذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح على انه بالخيار ثلثة ايام عند ابي حنيفة رح لاتصير ام ولد له ولا يبطل خياره وعندهما تصير ام ولد له ويبطل خياره **قوله** فهلك في يده اي في يد البائع في المدة او بعدها هلك على البائع ويبطل البيع **قوله** فابراه البائع من الثمن فان قبل اذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابراهة قلنا في القياس لا يبرأ وفي الاستحسان يبرأ وذكر في شرح الطحاوي رح ثم ان البائع ابراهة من الثمن فالقياس ان لا يصح ابراهة لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان يصح ابراهة لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد **قوله** والمأذون له يليه اي له ولاية الامتناع عن التملك **قوله** ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فاسلم البائع بطل البيع لما ذكرنا ان المبيع لم يخرج عن ملكه (والاسلام)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجز فان اجازة بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عندا بخينة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالا اجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعري عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيه اذ كان الخيار للبائع ولا يطلب لسعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل

والاسلام منع اخراجه عن ملكه بالعقد ولو اسلم المشتري فلا يطل العقد وخيا والبائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر اليه وان اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما كما يملك بالميراث * **قوله** وانما كنى بالحضرة عن العلم بطريق في فكر السبب وارادة المسبب فالحضرة سبب للعلم **قوله** وصار كالوكيل بالبيع فان للوكيل ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لما انه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه **قوله** ولا يعري عن المضرة فان قيل لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يخفي الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضي مدة الخيار فلزمه العقد شاء او ابى فيتضرر من له الخيار اذا ابى لزوم البيع قلنا انما يلزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيخان رح رجل اشترى شيئا على انه بالخيار ثلثة ايام فجاء المشتري في الثلثة الى باب البائع ليرد المبيع فاختفى البائع منه وطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصما لان المشتري لما اشترى ولم يخذ منه (كفلا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك
النسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبه صاحبه وبلغه في المدة
تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ *

كفيل مع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له وان لم ينصب القاضي خصما
وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمدرح فيه روايتان في رواية يجيبه القاضي
الى ذلك فيبعث صناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلا تايريد
ان يرد المبيع عليك فان حضرت والانتقضت البيع فلا ينتقض القاضي البيع من غير اذار
وفي رواية لا يجيبه القاضي الى الاعذار ايضا فقيل لمحمدرح كيف يصنع المشتري قال ينبغي
للمشتري ان يستوثق ويأخذ منه وكيل ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع يرد على الوكيل *

قوله بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الآخر باجزائه شيئا لان العقد لازم
من جانب المشروط عليه الخيار **قوله** وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة
صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يتمكن
من النسخ لان العقد غير لازم في حقه وبغوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ
بلا رضاء صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات
وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل
فتسليطه اياه على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع فاعتق المبيع
او دبر او كاتب او رهن او وطئ او قبل بشهوة او وهب او اجر فانه ينتقض البيع وان لم يعلم
المشتري لان ثبوت الفسخ هنا ضمني لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل
اذا اعتق العبد الذي وكل يبيعه ينزع الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما لو عزله قصدا
فان قيل يشكل على قولهما انه تصرف يلاقي حق الغير هو العقد بالرفع مسائل
منها خيار المخيرة فانها تختار نفسها بدون علم الزوج فينقض ذلك عليه وان لم يرض (ولم)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته وقال الشافعي ربح يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين

ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج ينفرد بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها ومنها الطلاق والعناق والعفوع القصاص ومنها خيار الامة المعتقة حيث يصح اختيارها للفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما اذا باع مال غيره فان للمالك خيارا فيه فلوردا رتد بلا علم المتعاقدين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه قلنا ما الجواب عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بايجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بنصرف الوكيل واما عن الرجعة فان الزوج بالرجعة لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الذي ثبت به الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح ثابتا بحاله قبل الرجعة وانما ثبتت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة واما عن الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم على من اسقط عنه شيء واما خيار الامة المعتقة فانها مسئلة لارواية فيها ثم الجواب عنها ان سلم ان الخيار ثبت لها بتخير الشرع اياها فصار كما لو ثبت بتخير الزوج لان للشرع ولاية علينا واما المالك بيع الفضولي فان العقد لا يوجد في حق المالك الا بالاجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقدا نعدم شرط الثبوت في حقه فانه عدم اصل واما العدة فانها لا تجب بالطلاق الا ترى انها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا انه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق الى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتممين لا للمتمضين *

قوله وإذا مات من له الخيار بطل خياره هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما وإذا مات من عليه الخيار فالخيار باق بالاجماع ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع وقال مالك ربح يفسخ العقد **قوله** كخيار العيب والتعيين اي خيار تعيين المبيع (بان)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ولنا ان الخيار ليس الامشئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال
بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار
لا يورث واما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء

بان يشتري احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء وخيار الرؤية على اصلكم كذا في الاسرار *
قوله ولنا ان الخيار ليس الامشئة اي في ردة فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا اي المشئة
اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشئته صفته لا يزيله ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث
وغيره كسائر صفاته من القدرة والحيوة والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل
الانتقال فلا يورث كملكه في منكوخته وام ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان
قائما والعقد قول قدمضي وتلاشى فلا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه
مقام المورث في ملكه لاني العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة الا ترى ان اقالة الموكل مع البائع
صححة والعقد هو الوكيل دون الموكل فان قيل ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التوزيت منقوض
بتوريث الاعيان فان الملكية في الاعيان صفة مالک الاعيان ثم هي تنتقل من المورث
الى الوارث في حق الاعيان قلنا لا كك بل العين تنتقل ولا الى الوارث وفي ضمن
انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لان مالكية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم
من ان تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث وفي ضمن
انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث قلنا ليس من لوازم المبيع الخيار بل الاصل عدم الخيار
فكم من بيع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى الوارث انتقال الخيار واما المملوك
فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارثا من المورث الى الوارث بدون
ان ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص
الى وارثه قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداء له لشغبي الصذ وزو لا يمكن ان يجعل الخيار
كالقصاص لان الخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شرط فلا يثبت في حقه (واما)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار *

قال ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فأيهما اجاز جاز وأيهما نقض انتقض واصل هذا ان اشترط الخيار لغيره جائز استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر فرح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما اجاز جاز وأيهما نقض انتقض * ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزا حقه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معاً

واما تشفي الصدر فامر يشمل الكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من كان اقرب اليه *

قوله لاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل الاختلاط مشغوك فلم يكن هو اولى بالتعيين من البائع قلنا لان مورثه ملك احد العبدین علی وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه في احدهما لا يكون بهذه الصفة **قوله** لان الخيار من مواجب العقد واحكامه اي لو شرط في العقد بصير حقا من حقوق العقد واجبا من مواجبه **قوله** فيقدم الخيار له اقتضاء كقوله اعتق عبدك عني الف درهم فاعتق فان الامر بصير مشترياً منه ولا موكلأياه بالعق حذنا تصحيحاً للامر وزفر فرح لا يقول بالاقتضاء فهذه فرع تلك المسئلة المذكورة في الهداية فان قيل شرط الثمن على الاجنبي وجب ان يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد ولا ثم على الاجنبي بطريق الكفالة قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور هنا ان الثمن على الاجنبي وثبوت المقضي لتصحيم المقضي والكفالة لو صحت بطريق الاقتضاء لكان مبطلاً للمقضي فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل (من)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن المائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد رح والثاني قول أبي يوسف رح واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل

من شرط صحة المقتضى أن يكون هو حطرته وادون منزلة من المقتضى الذي هو المذکور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحائث في يمينه في قول المولى له كفر يمينك بالمال وأن كانت صحة التكفير مقتضية للحرية سابقا على التكفير بالمال إذ لا يصح هودون الحرية لما أن الحرية أصل وأقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء قلنا نعم كذلك إلا أن الأصالة قد تثبت لغير العاقد ههنا بوجه آخر فلذلك جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاء وذلك أن شرط الخيار من قبيل الألفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصل في حق اللفظ لأنه أثبت له الخيار باللفظ تصداقاً بالحرية فليست من خواص اللفظ إذ الحرية تثبت في شراء القريب وارثه بدون اللفظ فكانت الحرية خالية عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو تبع لها وهو التكفير وأما ههنا فالعاقد تبع لغير العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء *

قوله يعتبر تصرف العاقد في رواية في بيع في بيع الأصل تصرف المالك أولى نقضا كان أو إجازة وتصرف الفسخ في رواية الماذون **قوله** والمفسوخ لا تلحقه الإجازة فإن قيل المفسوخ يلحقه الإجازة ألا ترى أن الخيار إذا كان للبائع أو للمشتري فالتقيا فنقض البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقضه البائع بحكم الإقالة فعلى المشتري الثمن أن كان الخيار له والقيمة أن كان الخيار للبائع لأن تمام الفسخ بالتسليم إلى البائع ثم قال شمس الأئدة رح في المبسوط وهذا لأن الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى أوتنا سخائهم تراصيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما (جاز)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وابو يوسف ر ح يعتبرهما *

قال ومن باع عبد بين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كلوا احدهما بخمس مائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالحراج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق المحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيًا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرط لان عقده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلًا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدين.

جاز وفسخ النسخ ليس هو الا اجازة البيع في المفسوخ قلنا هذا لا يلزم لا ناقلنا الاجازة لا ترد على المنتقض ولا اجازة نيمًا ذكرتم كذا في العوائد الظهيرية وذكر الامام قاضي مخان ر ح والصحيح ما ذكر في المأذون لان النقض اقوى من الاجرة فان النقض يرد على الاجازة والاجازة لا يرد على النقض والادنى لا يعارض الاقوى كنكاح الحرة مع الامة اذا اجتمعا يصح نكاح الحرة لان نكاح الحرة يرد على نكاح الامة ونكاح الامة لا يرد على نكاح الحرة فان قيل الاجازة توجب الحرمة على البائع فكان أولى قيل الاجرة تأثيرها في اثبات الحل والفسخ تأثيره في ابقاء الحل فكان ابقاء أولى ولان ابقاء مع الشك احق من الاثبات مع الشك لان الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ أولى *

قوله وابو يوسف ر ح يعتبرهما ويجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع لتفرق الصفقة ولما لم يرجع تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ راجع على الاجازة علم ان النسخ أولى عنده من الاجازة **قوله** وقبول العقد في الذي فيه الخيار جواب شبهة وهو ان يقال ينبغي ان يفسد العقد في هذه الصورة ايضا لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لان العبد (الذي)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين
اما الجهالة المبيع او لجهالة الثمن *

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز
وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد

الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما مشروطا بالصحة الآخر فكان بمنزلة من
جمع بين قن وحر وباعهما وانه لا يجوز اوباع ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما صروي فقال
ليس هذا كذلك فان الحر والمروى غير داخل في العقد لان العقد اولاه حكما لانه ليس بمحل للبيع اصلا
فلذلك كان قبول العقد فيه مشروطا بفساد العقد في القن واما ههنا الذي فيه الخيار محل للبيع فكان داخلا
تحت البيع في حق الاعتقاد وان لم يكن داخلا في الحكم فكان نظير من جمع بين قن ومدبر وباعهما
بالفصح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لان المدبر
داخل تحت البيع ولهذا الوضعي القاضي بجواز ثذ فكان قبوله مشروطا بصحها كذا هنا *

قوله والثالث ان يفصل ولا يعين اي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار
بان قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسة على اني بالخيار
في احدهما ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم
فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا والرابع ان يعين الذي فيه الخيار
ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعت منك هذين العبدين بالف على اني بالخيار
في هذا بعينه ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم
فبقي الآخر وحده وثمنه مجهول لانه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار الذي لم يدخل
تحت العقد اصلا فان قيل اليس انه لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او مكاتب
فان العقد ينقد صحيحا في القن وان كان الاعتقاد في حق القن بالحصة قلنا قال بعض
مشايخنا على قياس ما ذكره هنا لا يصح العقد في القن في تلك المسئلة فصار ما ذكره هنا (رواية)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي روجه الاستحسان ان شرع الخيار للمحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الرقيق والافق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشترط لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع

رواية في تلك المسئلة وبعضهم فرقوا وجهه ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ويجعل العقد كالمعدوم في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار فلو انعقد العقد في حق الآخر انعقد بحصته ابتداء وذا لا يجوز وفي المدبر والمكاتب البيع انعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا التوضي القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانته لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد في حق الحكم واذ انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق الثمن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبد بن وهلك احد هما قبل التسليم فان العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن *

قوله والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع كما لو قال بعت منك احد هذين الثوبين ولم يذكر الخيار وكما لو كانت الثياب اربعة وذكر الخيار او لم يذكر فان المبيع احد الثياب وهي متناهية في نفسها وجهالة المبيع فيما يتناوذا تمنع صحة العقد الا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً لجهالة المبيع فكذلك اذا شرط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله وجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تنضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وهو بحكم خياره يستبد بالتعيين فالجهالة لا تنضي الى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كما لو اشترى ثوبين من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تنضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل ثوب لان هناك ثمن هائلا وله العقد مجهول وانما فسد العقد بجهالة الثمن والجاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يشتري شيئاً ليعاله ولا يعجبه (١)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثالث لوجود الجيد والوسط والردى فيها والجهالة لا تقضي الى المازع في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الرابع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقلاً لا شرطاً وان لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثالث عنده

امتصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا يسمح مروتته بالدفع اليه الا ان يتناعه والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو فتمس الحاجة الى البيع على هذا الوجه *

قوله فكان في معنى ما ورد به الشرع وهو شرط الخيار لثلاثة ايام **قوله** والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة اى والرخصة انما تثبت شرعاً بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما **قوله** ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين قال شمس الاثنية السرخسي رح في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط قال فخر الاسلام رح في الجامع الصغير والصحيح عندنا ان لا يس بشرط ذكر في التوائد الظهيرية فعلى قول هذا القائل ان اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم ان العقد في احدهما حتى لا يرد هما وعلى قول الكرخي رح ان يرد هما لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال اكثر المشائخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وتناهما لثلاثة ايام فناد ونها في قول ايحيفه رح وزيادة على ذلك في قول انبي يوسف ومحمد رح لان التماس يابى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحساناً بطريق اللاحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان رد هما بخيار الشرط في الايام الثلاثة اورد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك وان اتمت الايام الثلاثة يطل خيار الشرط فلا يملك رد هما (و)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وبمدة معلومة ايتهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى
احدا ثوبين وهو الصحيح لان المبيع في التحقيق احدى امانته والاخر امانة وتجوز واستعانة
ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لا امتناع الرد بالتعيب

ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في الايام الثلاثة يطل خيار الشرط
ويبقى خيار التعيين فلا يرد هما الوارث وله ان يرد احدهما وذكر في الذخيرة هذا
اذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع
بان قال البائع بعثك احدهما ثوبين على اني بالخيار اعيين البيع في احدهما
دون الآخر لم يذكر محمد رح هذه المسئلة لافي بيع الاصل ولا في الجامع الصغير
وذكر الكرخي رح في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في الماذون لان هذا
بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه
لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار
ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة
الى اختيار الفرق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما يتضبه القياس *

قوله وبمدة معلومة ايتهما كانت عندهما اي زائدة هل في الثلاثة فان قيل ينبغي
ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند ابي يوسف رح لانه اخذ بالقياس
في قوله ان لم ينفذ الثمن الى اربعة ايام فلا يبيع بينهما قلنا قوله ان لم ينفذ الثمن الى
اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط
واردا فيه واما خيار التعيين من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف
التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين **قوله** ولو هلك احدهما
او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لا امتناع الرد بالتعيب فان قيل اذا
طلق احدي امرأته ثم ماتت احدهما فتعيبت الباقية للطلاق دون الهلكة وهاتينعين (الها)

كتاب البيوع باب خيار الشرط

ولو هلك جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشروع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يرد هما جميعا ولو مات من له الخيار فلو اقره ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل **قال** ومن اشترى دار اعلى انه بالخيار فبيعت دارا اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضاء لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الالذنع ضرر البعور وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء

انها تنك للبيع قلنا قال القسي رح لا فرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه اما العبد فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك تهلك الها لكونه على ملكه حتى تتعين الباقية المطلق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا الا ان الصحيح ان بينهما فرقا وهوان العبد لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة واما في الطلاق فان المرأة حين اشرفت على الهلاك لا تبقى محلا لوقوع الطلاق فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلثة ايام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناولهما جميعا الا ترى انه يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصنفه على البائع قبل التمام وهما العقد تناول احدهما الا يرى انه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك احدهما او تعيب كان له رد الباقي * **قوله** ولو هلكا جميعا معا الخ وانما قيد بقوله معالما ذكرنا انهما لو هلكا على التعاقب تعين الاول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعين الباقي للامانة فلا يجب من ثمنه شيء واما لو هلكا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقا صكان الثمن ⁴م مختلفا لان كل واحد منهما ليس باولى من الآخر بكونه مبيعا وكذا لك لو هلكا على التعاقب (ولا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فبين ان الجواركان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة *
قال واذا اشترى الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر
ان يردده عند ابي حنيفة رح وقال له ان يردده وعلى هذا الخلاف خيار العيب
وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة

ولا يدري السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وان تعيبا معا يرد ايهما شاء *
قوله فبين ان الجواركان ثابتا فان قيل لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الاخذ بالشفعة
للمشتري اذا كان الخيار للبائع قلنا المشتري بشرط الخيار له ولاية اثبات ما ملك
باجازة البيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك اذا كان الخيار للبائع واعتبره بالاعتاق
فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشتري
وان اجاز البيع وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رح اما وجوب الشفعة للمشتري
فواضح على مذهبه لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة رح فلانه صار احمق
بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كما لا دون المستغرق بالدين والمكاتب
اذا بيعت دار بجانب دارهما فانهما يستحقان الشفعة فيها وان لم يملك دارهما وهذا بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصح له بالتصرف فيها وذكر الامام الترمذاني رح
اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار بجانبها فطلب شفعتها لم يبطل خياره وهو المختار من الرواية
بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضاء معتبر بصريح الرضاء لو قال رضيت يبطل به خيار الشرط
ولا يبطل خيار الرؤية كذا هنا وكذا يبطل خيار العيب باخذ الشفعة **قوله** وعلى هذا الخلاف
خيار العيب يعني اشترى الرجلان عبدا ورخصي احدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان
اشترى شيئا لم يراه ثم رآه فارد احد هملان يرد ليس له ذلك عنده وعند هملان ذلك (قوله):

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فلورده احد هما لورده معيباه وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار
لهما الرضاء برد احد هما لتصور اجتماعهما على الرد *

قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع
الثلث وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير
لانه ما رضي به دونته وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعده

قوله فلورده احد هما رده معيبا به لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب وذلك
لان البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق التهايط وكان قبل البيع متمكنا
من الانتفاع متى شاء فان قيل البائع رضي بالتبعض لما باعه منهما قلنا انما رضي في ملكهما
لا في ملك نفسه ولا يقال ان هذا العيب حدث في يد البائع لان تفرق الملك ثبت بالعقد
قبل القبض لا نأقول انه وان حدث في ملك البائع لكن انما حدث بفعل المشتري
والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له ان يرد به بحكم خياره الا ان
هذا العيب بعرض الزوال بان يساعده الآخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عيبه في المنع
من الرد ولا معنى لما قالوا ان في امتناع الرد ضررا على الراي لان هذا ضرر يلحقه بعجزه
عن اتحاد شروط الرد لا بتصرف من الغير **قوله** ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب فان قيل
مثل هذا الشرط مفسد للبيع كما لو باع شاة على انها حامل او باعها على انها تحلب كذا فان
البيع فيه وفي امثاله فاسد مع انه وصف مرغوب فيه قلنا الفرق بينهما ظاهر لان الحمل في البهائم
زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدري ان انتفاخ بطنها من ریح او ولد وان الولد حي او ميت
والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذلك ان شرط انها تحلب كذا فالبيع
فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل يعني ان اشتراط مقدار من المبيع الذي ليس في وسع
البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرطا مفسدا للعقد حتى لو اشترط انها تحلب
اوليون ذكر الطحاوي رح ان هذا الشرط لا يفسد به العقد لما ان هذا الشرط وصف (مر).

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذته اخذه .
بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف *

مرغوب فيه وكذلك قوله على انه خيارا وكاتب من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط
لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفة سبيل للبائع كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج او كلبا على
انه صائد فانه يجوز كذاهما واصله ان هذا الوصف لا كان وصفا مرغوبا فيه ولمعرفة سبيل بان يأمره
بالخبر والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على هذا الوصف المرغوب لا على
وجه الشرط فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان شرطا مما يقتضيه العقد لان العقد
يقتضي ان يكون المبيع والثمن معلوما بماله من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد
لا يفسد البيع على ما ياتي تفصيل الشروط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع
الفاسد ان شاء الله تعالى ثم المستحق في هذا العقد بهذا الشرط ادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب
والخيار فان وجده لا يعرف من ذلك مقدارا ما يسمى بالفاعل به كاتبا او خيارا كان للمشتري
الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن لانه فات
عليه شرط مرغوب فيه فيقوم العبد كاتبا او خيارا على ادنى ما يطلق عليه الاسم ان هو المستحق
بالشرط ويقوم غير كاتب او خيارا فينظر الى تفاوت ما بين ذلك ف يرجع بقدره وروى الحسن
عن ابي حنيفة ربح انه ليس للمشتري ان يرجع على البائع ههنا بشيء لان ثبوت الخيار
للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع
للمشتري على البائع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح واذا اشترى جارية من غير
شرط طبع ولا خبر وهي تحسن ذلك فنسيت في يد البائع رد هالان الجارية بالعقد صارت
مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط *

قوله بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات مثل الفرس والبقر والغنم بخلاف الانوثة
والذكورة في بني آدم فانها تورث فيهم اخلاف الجنس لفحش التفاوت (باب)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

* باب خيار الرؤية *

ومن اشترى شيئاً لم يره فابيع جائز وله الخيار اذا رآه لمن شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلاً لان المبيع مجهول ولنا قوله هم من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تقضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقته يره فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه وكذا اذا نزل رضى ثم رآه ان يره لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها

* باب خيار الرؤية *

قوله ومن اشترى شيئاً لم يره فابيع جائز اذا اشترى الرجل زيتاً في زق او برافى جواب لق او درة في حقه او ثوباً في كم واتفقا على انه موجود في ملكه ولم يره المشتري شيئاً من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده قال الشافعي رح لا يصح العقد لانه اشترى شيئاً مجهولاً فصار كما لو باع عبداً من عبدة وهذا لان المقصود من شري العين مالبته ولهذا لا يرد على ما ليس بمال والمالفة في الاوصاف ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذا جهالة الوصف ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية فلا نزيد قيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه حقق الشراء وبنى عليه حكماً وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصح بيعه كما لم يره وهذا لان الخلاف في امته فائتمين ايديهما منتقبة ولا شك ان عينها معلوم بالاشارة اليها لانها ابلغ اسباب التعريف وكذا اذا اشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها امته ومملوكتها فاما يعرف بالخيار البائع اياها لانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وتدا خبره وانما بقي بعدم رؤية وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو اولى من فوات بعض الاوصاف كالسمع والبصر وغيرهما وذا لا يمنع الجواز وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا **قوله** فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه بل ان اشترى ثوباً ولم يعلم عدد ذراعانه (و)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت * **قال** ومن باع مالم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء

وخيار الرؤية انما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما اشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ برده كالمهر وبذل الخلع وبذل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من العقود التي يكون المردود مضمونا بنفسه لا بما يقابل له لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد وقيام العقد

يوجب مطالبة العين فاذا قبضه يرده ايضا فيؤدي الى ما لا يتناهي *

قوله وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم جواب سوال بان يقال لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية وله ان يفسخ العقد قبلها فنقل حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان صحة الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل في الرضاء فهو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشئ مع الجهل باوصافه لا يتحقق والزرور يعتمد تمام الرضاء وتمامه بالعلم باوصافه هي مقصودة وانما تصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ولانه لو لزم العقد بالرضاء قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما ادعى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه يحوج رؤية الموقوف عليه خاليا عن الخيار وقد اثبت الشرع الخيار عند رؤيته بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ يخرج العين عن ان تكون موقوف عليها فلا يوجد بعده رؤية الموقوف عليه خاليا عن الخيار والرضاء بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معينا سابقا الى الرضاء فاعتبر بوجود سبب الخيار هو العيب وهذا لسبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها **قوله** اعتبارا بخيار العيب بان وجد البائع الثمن (زيفا)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال
وجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضى باع
ارضاله بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضى فقبل لطلحة انك قد غنيت فقال لي الخيار لاني اشتريت
ماله وقيل لعثمان رضى انك قد غنيت فقال لي الخيار لاني بعته مال له فحكما بينهما جبير
بن مطعم رضى فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى * ثم خيار الرؤية غير موقت
بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله * وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية

زبقا كان له الخيار ان شاء يجوز وان شاء يرد ولا يفسخ العقد الا في المفاضة *
قوله زوالا اي في جانب البائع وثبوتا اي في جانب المشتري حتى لا يزول ملك
البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه **قوله** ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا
قوله انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه لان الخيار ان ثبت للبائع فلما ان ثبت بمارونا او بدلالته
او حديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرو حديث آخر
في البيع وهو ليس في معنى الشراء لثبت الحكم فيه دلالة ولان المشتري ظنه خيرا بما اشترى فرده
بنوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرد به باعتبار ان المبيع از يد مما ظنه فصا ركما لو باع
عبد اعلى انه معيب فانه هو سليم فانه لا يثبت للبائع خيار **قوله** وما يبطل خيار الشرط من تعيب
او تصرف يبطل خيار الرؤية والاصل فيما يبطل خيار الشرط ان كل فعل باشر المشتري
في المشتري بشرط الخيار وهو فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال
فلا اشتغال به اول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه
للامتحان او يحتاج اليه للامتحان الا انه لا يحل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار
وذلك لانه متى فعل فعلا يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك وجعل دليل الاختيار
وسقط خياره اول مرة لا يفيد الخيار فائدة لان فائدة شرط الخيار امكن الرد فلو لم يرد
البيع بفعل الامتحان اول مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت هذا فنقول اذا اشترى (جارية)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعد ها لانه لما لم يتعدر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء *

جارية على انه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج اليه للامتحان وانه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاشتغال به دليلا لاختيار فيبقى على خياره بخلاف مال ووطنها حيث يبطل خياره وان كان الوطى محتاجا اليه . للامتحان لانها تشتري للوطى ولا يعلم كونها صالحة للوطى بالنظر اليها وانما كان كذلك لان الوطى تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيارا للملك حتى لا يقع وطئه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحل في غير الملك وان استخدمها مرة اخرى فان كان في النوع النهي استخدمها في المرة الاولى كان اختيارا للملك لان الكرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع والتقييل واللمس عن شهوة ولبس الثوب مرة اخرى وركوب الدابة مرة اخرى كل ذلك يسقط الخيار لما انه غير محتاج اليه للامتحان او لا يخل في غير الملك *

قوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه الى ان قال يبطله قبل الرؤية وبعد ها فان قيل لو بطل خياره قبل الرؤية يكون مخالفا لحكم النص لان النص اثبت الخيار اذا رآه بقوله فله الخيار اذا رآه فلماذا كان فيما مكن العمل بحكم النص واما هذه الافاعيل فمبنية على الملك والمالك ثابت فصحت هذه التصرفات بناء اعلى فيام الملك وبعد صحتها . لا يمكن رفعها فسقط الخيار ضرورة وكذلك لو علق المشتري الذي له خيار الرؤية بالمبيع حقا للغير بان آجره رهنا او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورة حتى لو افترقه المرهون او مضت مدة الاجارة اورده (١)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطوياً او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروطة لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولودخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد منها

المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية وان كان تصرفاً ثم يتعلق به حق الغبر بان باع بشرط الخيار لنفسه او هب ولم يسلم او عرض على البيع لا يبطل خياره فان كانت هذه التصرفات قبل الرؤية لا يبطل خياره لان الخيار لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضا فبدل الله الحق وان كان ذلك بعد الرؤية يبطل خياره لان بعد ما يسقط خياره بصريح الرضا فيستط بدلا لثبوتها ولو اشترى ارضا ولها اكار فزرعها الاكار برضا المشتري بان تركها عليه على الحالة المتقدمة ثم رآها فليس له ان يردّها لان فعل الاكار كعمل المشتري *

قوله او الى وجه الجارية ذكر الجارية وقع اتفاقاً لان الحكم في الغلام كذلك ذكر في الايضاح والمعتبر في العبد والامة النظر الى الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار لان العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه وفي الذخيرة اذا اشترى جارية او عبداً ورأى وجهه ورضى به لا يكون له الخيار بعد ذلك **قوله** لتعذره اما في العبد والامة فظاهر لان في رؤية جميع بدنهما رؤية مواضع عورتها ففي العبد لا يجوز اصلاً سواء قسح العتد او لم يفسح اما في الامة فانه لو فسح البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره الى عورتها وانعافي غير ملكه لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كان العقد لم يوجد فكان نظره وقع جراً ما في اصله واما في الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشروا الطي على تقدير اشتراط رؤية جميع اجزائه وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة **قوله** وعلامته اي علامة الشيء الذي لا يتفاوت آحاده النموذج بالفتح والانموذج (با)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فتقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرهما بشرط بعضهم رؤية القوائم والآول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود **قال** وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار ورأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والأصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم من الابنية فان دورهم لم تكن متقاربة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يقع العلم بالداخل *

بالضم تعريب نمونه كذا في المغرب وذكر في الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفى فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد بلا خلاف واذا كان في وعائين فرأى ما في احد الوعائين اختلف المشائخ فيه قال مشائخ العراقي اذا رضى بما رأى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى او فوته اما اذا وجد دونه فهو على خياره ولكن اذا اراد الرد يرد الكل وهو الصحيح *

قوله والجوز والبيض من هذا القبيل اي من القبيل الذي يتفاوت آحاده لانه يختلف بالصغر والكبر فلا يكون رؤية البعض دليلا على الباقي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لتقارب آحاده * فتوات المال جمعته قنوا وقوة واقنيته اتخذته لنفسه قنية اي اصل مال للنسل لا للتجارة كذا في المغرب **قوله** فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار وفي المحيط والذخيرة وبعض مشائخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود (حتى)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرد له الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالاهما سواء وله ان يرد له قائل رض معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار خيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لا تطلق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصد ابعاد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه

حتى انه اذا كان في الدارين شتويان وبيتان صيفيان وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلوم مقصودا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه *

قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري وفي الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكلا عني في قبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني او يقول امرتك بتقبضه **قوله** وله ان القبض نوعان تام بحيث لا يرد عليه النقص وهو ان يقبضه وهو يراه وهو يستط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه النقص وهو ان يقبضه مستورا وهو لا يستط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل لانه ملكه الموكل ما يملكه ولكن على البدل لا على الشمول لان اللفظ مطلق لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضي اتمام القبض كما لو قبضه الموكل وهو ينظر اليه واذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وتعين ذلك للوكيل فلا يملك اسقاطه قصد ابعده لصبر ورته اجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فانه لا يبطل قبض الوكيل في الصحيح لانه (لا يمنع)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملك وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئاً وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع * **قال** وبيع الاعمي وشراه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررنا من قبل * ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير * ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز *

لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقاءه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم * **قوله** وخيار الشرط على الخلاف ذكر القدوري انه لو اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكلا بالقبض فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الاصح فالوكيل قائم مقام الموكل والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا لان الخيار شرع للاختبار وذا بالتروي والتأمل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنته وخففة وان استقبحت تركه وهذا يفوت ببطان الخيار بتقدير القبض وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه التبليغ الرسالة وصار معياريته للمرسل فكان الى المرسل تمامه فاما الوكيل هو الذي فوض اليه التصرف ليعمل برأيه ولهذا يجوز سلب اسم الوكيل عن الرسول **قال** الله تعالى قل لست عليكم بوكيل **قوله** لهذا لا يملك القبض اي قبض الثمن . **قوله** وبيع الاعمي وشراؤه جائز وقال الشافعي رحمه الله لا يصح شراؤه لانه لا يجوز شراء مالم يره وقيل ان كان بصيرا قعمي فهو كالصير عند الشافعي رحمه الله وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها **قوله** كما في السلم اي (اذا)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

تتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الآخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام
الحلق في حق من لا شعر له في الحج ونال الخسن رح يوكل وكلا يقبضه وهو يراه
وهذا شبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا *
قال ومن رأى احد الثوبين فاشترىهما ثم رأى الآخر جاز له ان يرد هما
لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما
لم يره ثم لا يرد واحدة بل يرد هما كيلا يكون تفريقا للصفة قبل التمام

اذا رأى رب السلم المسلم فيه لا يكون له خيار الرؤية فيكون الوصف في المسلم فيه قائما
مقام الرؤية حكما حتى لا يبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد التمام مقامه ولما كان
الوصف كالرؤية في حق البصير فلان يكون في حق الاعمى كذلك اولى *
قوله تحريك الشفتين مقام القراءة وعبرة الفوائد الظهيرية يدل على اللزوم
حيث قال لان المصير الى التشبه عند اعداء الحقيقة واجب كالمحرم اذا اراد التحلل
وقد فرع رأسه يلزم اجراء الموسى عليه تشبها بالمحلقين وكذا الاخرس يلزمه
تحريك الشفتين عند القراءة **قوله** كيلا يكون تفريقا للصفة قبل التمام وتفريق الصفة حرام
لما جاء في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن تفريق الصفة فان قيل ينبغي ان يكون
في هذه الصورة ولاية ردا حد الثوبين الذي لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره
فله الخيار اذا رآه فلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تفريق الصفة اولى
من حديث خيار الرؤية لوجوه احدها ان موجب قوله نهى عن تفريق الصفة محكم في
افادة التحريم اي موجه ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئا
لم يره غير ثابت في جميع الصور لا يرى ان لا يملك الراد اذا غيب واعتق احد العبدین اود به
فكان النهي عن تفريق الصفة راجحا ولان قوله نهى محرم والمحرم راجح على المبيح
اولان قوله نهى عن تفريق الصفة متأخر عن المبيح والا يلزم تكرار النسخ لما عرف (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل * ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط * ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرثيه لعدم الرضاء به * وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلومة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب الزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله * **قال** ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او هبة وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب

قوله وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده يريد به اذا قبضه مستورا اما اذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتتم الصفقة **قوله** الا اذا كان لا يعلمه مرثيه اي لا يعلم انه هو الذي رآه **قوله** وسبب الزوم ظاهر وهو الشراء بعد الرؤية **قوله** على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ارأيت لو كان جارية شابة رآها فاشترىها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير اكان يصديق على ذلك وبه كان يغني الصد والشهيد حسام الدين والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رح **قوله** بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع **قوله** ومن اشترى عدل زطي الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية كذا في المغرب وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولفظ الجامع الصغير ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع او هبة ولان لو كان قبل القبض فالخيارات الثلث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح ح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فليس له ان يرد الميعب خاصة بل يردهما ان شاء (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هوفسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي ردوعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

قوله وكذلك خيار الشرط اي ليس له ان يرد شيئا منها بخيار الشرط ان اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا وذهب وحاصله ما ذكر الامام قاضيان رح في الجامع الصغير وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل ذلك على وجوه ثلاثة اما ان كان المشتري قبض المبيع او قبض بعضه او لم يقبض شيئا ففي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال مالا انه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض فكذلك لان الصفقة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما يحصل بانتهاء الاحكام والمقصود ذلك لا يكون قبل التسليم وثبت سلك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان بتسليم البعض لا ينتهي حكم العقد وان قبض الكل فوجد بيعه صيا ان كان المبيع شيئا واحدا كالثوب والدار والعبد يرد الكل او يمسك وان كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المبيع خاصة لان العيب وجد باحدهما وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لانه رضى بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض الا برضاء او قضاء وفي خيار الشرط والرؤية يتقرر بالرد وفي فصل الاستحقاق ان استحق بعض المبيع قبل القبض او بعد ما قبض بعض المبيع كان له ان يرد غير المستحق لان باستحقاق البعض يتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا او ثوبا واحدا او استحق بعضه كان له ان يرد الباقي وان كان عبيدين فاستحق احدهما لا يرد الباقي **قوله** وفيه وضع المسئلة اي في المقبوض على ما ذكرناه **قوله** فلو عاد اليه بسبب هوفسخ بان يرد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي وعن ابي يوسف انه لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه وفي فتاوى قاضيان وهو الصحيح (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

* باب خيار العيب *

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار أن شاء أخذه بجميع الثمن وأن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرره ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يدره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به * **قال** وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالمية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله

* باب خيار العيب *

قوله لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة لأن الغالب في الأشياء هو السلامة فبيع العقد على ذلك الوصف لأن كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتميز قايماً أن يرغب أو يغبن وروى أن النبي عليه السلام اشترى عبداً من العداء بن خالد وكتب في صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد لأغائلة ولا خبثة وهذا تنصيص على أن العقد يقتضي السلامة في المبيع عن العيب والغائلة ما يكون من قبيل الإفعال كالأباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون **قوله** لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأن الثمن عين فيكون مقابلاً بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم فأنى يقابله عين متقوم ولأن الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف والأصل وفيه تسوية بين التبع والأصل أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام **قوله** في مجرد العقد جترزبه عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط به نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكماً بأن يتمتع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري ولحق الشرع بالجناية ولأنه لو أمسكه وأخذ النقصان (لتضرر)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

والأباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب

لتضرره البائع لانه ما رضي بزوال المبيع عن ملكه الا بكل الثمن ولو امسكه ولا يأخذ النقصان لتضرره المشتري وبالرد يندفع الضرر عنه بلا تضرر البائع فصرنا اليه فان قيل يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر بثمن المعيب في السليم لما ان الظاهر انه نقص الثمن على من ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي ان لا يثبت الخيار للمشتري ههنا اذا ظهر السليم معيبا وان كان يتضرره المشتري او يثبت الخيار هناك للبائع ايضا كما يثبت للمشتري ههنا قلنا المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل ما لم يصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه فاما المشتري فانه ما رأى المبيع اصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشتري من غير علم حصل به فيثبت له الخيار **قوله** والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وفي الابضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك هو عيب ما دام صغيرا وكذا الأباق وبعض مشائخنا قالوا البول في حالة الصغر انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فما فوقه واما اذا كان ابن سنة وستين فليس ذلك بعيب ولا للسرقة وان كانت اقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان لا يأمن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة ومادونها سواء وقيل ومادون الدرهم نحو فلس او فلسين او ما اشبه ذلك لا يكون عيبا والعيب في السرقة لا يختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا في المأكولات فان سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يؤكل لاجل الاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره واذ نقب البيت ولم يختلس فهو عيب والأباق ومادون السفر عيب بلا خلاف بين المشائخ وتكلموا في انه هل يشترط الخروج من البلدة وهذا الان الأباق انما كان عيبا لانه يوجب فوات المنافع على المولى (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حتى يعاودة بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرد له عيب ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرد له لأنه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في باطنه والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعتقل فاما الذي لا يعتقل فهو ضال لا ابق فلا يتحقق عيبا

وفي حق هذا المعنى السفر وما دونه سواء وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رح رجل اشترى امه وابقت عنده ثم وجدها واستخدمها سنة فعيب الاباق لازم لها وكذلك لو ابقت من رجل كانت عنده باجارة او عارية او ودیعة ولو ابقت من الغاصب الى مولاه فلهذا ليس بابق وان ابقت فلم ترجع الى الغاصب ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاه وتقوى على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت لا تعرف منزل مولاه او لا تقوى على الرجوع فهو ليس بعيب وفي الفوائد الظهيرية وههنا مسئلة عجیبة وهي ان من اشترى عبدا صغیرا فوجده يبول في الفراش كان له ان يرد وان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلورجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة في الكتب ثم قال رضى كان والدي رح يقول ينبغي ان يسترده استدلالا بمسئلتين احدهما ان الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ان يرد ها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم ابانها زوجها كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرد له فان تعيب عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع ان يسترد النقصان قالوا ان كان البرء من المداواة لم يكن له ان يسترده والا فله ذلك والبلوغ ههنا بالمداواة فكان له ان يسترده * **قوله** حتى يعاودة بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاودة في يد المشتري فمحذوف يكون عيبا (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال والجنون في الصغر عيب ابداءه معناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر برة لانه عين الاول اذا لسبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه ان لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد **قال** والبخر والد فر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به * وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عاده له على ما قالوا لان اتباعه يخل بالخدمة * **قال** والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبتته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة

وحاصل الكلام ان هذه الاشياء لو كانت قديمة به حاله الصغر ثم عاوده في يد المشتري في حاله الصغر كان له الرد وكذلك لو كانت في يد البائع بعد البلوغ ثم عاودت في يد المشتري لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يكون له الرد لانه غير ما كان في يد البائع * **قوله** والجنون في الصغر عيب ابداءه اي سوء عاوده في يد المشتري وهو صغير او بالغ وفي الذخيرة واختلف المشايخ في فصل الجنون ان معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجودة عند البائع برة وآليه مال شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام رحمهما الله وهو رواية المستقن وبعض مشايخنا قالوا المعاودة في يد المشتري شرط وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب واما يوم وليلة فمادونه فليس بعيب وقال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والبخر ثمن رائحة الفم والدور رائحة مؤذنة هي من الابطك في المبسوط (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلماً لا يرد له لأنه زوال العيب *

قال فلو كانت الجارية بالغذا تحيض وهي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامتة ترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح *

قال وان احدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضراراً للبائع لانه خرج عن ملكه سالماً ويعوده عيباً فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه

وذكر في المغرب الدفر مصدر دفر اذا خبثت رائحته وبالسكون التن واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو وحدة الرائحة اي تما كانت ومنه مسك اذ فر وابط ذفر آء وهو مراد الفقهاء في قولهم والبخر والدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية *

قوله ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلماً لا يرد له وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله له ان يرد له لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الامور ولا يستجيز من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده تمكن من رده واصحابنا قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرع من العيب فكانه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم * **قوله** فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح وعن محمد رحمه الله ترد قبل القبض بلا يمين البائع لان البيع قبل القبض ضعيف حتى يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بلا قضاء ولا رضاء وصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا قول للامة في ذلك واعلم ان المشتري اذا عي انقطاع الحبض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة يسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلاثة اشهر عند أبي يوسف رحمه الله وباربعة اشهر وعشر عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذ به بعبه لانه رضى بالضرر *
قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث
فان قال البائع انا قبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضى به فان باعه المشتري
لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان *
فان قطع الثوب وخاطط وصبغه احمر اولت السوق بضمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع
الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها

وزفر رحمهما الله بستين فاذا عرفت المديدة فمادونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان
القاضي مجتهدا يقضي بما ادى اليه اجتهاده والا يأخذ بالمتيقن وهوستان فاذا ادعى
الانقطاع في مدة كبيرة لا يسمع دعواه ما لم يدع ان ارتفاع الحيض بسبب الداء
او الحمل فاذا ادعى ذلك فمح يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها
على البائع باقراره وان قال هي كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي
وانما حدث هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصاد فهمما على قيام
العيب للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف في سائر
العيوب فان حلف برئى ومن نكل ترد عليه لان نكوله كاقرار فان شهد للمشتري شهود على
انقطاع الحيض عند البائع لم تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان
الاستحاضة در ورا دم فيطلع عليه اما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود
فقد يقن القاضي بكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان انكر البائع انقطاع حيضها في الحال
لا يستحلف على ذلك عندا بيحيفة رح وعندهما يستحلف لما يجي ان شاء الله تعالى *

قوله فتعين الرجوع بالنقصان لان الجزء الثابت صار مستحقا للمشتري بالعقد وقد تعذر
تسليمه اليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الثابت وصف فلا يقابل شيء من الثمن لانه صار مقصودا
بالمنع فيكون له حصته من الثمن وطريق معرفته ان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به (فان)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا * وليس للبائع ان يأخذ لان الامتناع لاحق الشرع للاحقة *

فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وقال مالك رحمه الله يردده ويرد معه نقصان العيب الحادث في يده لان رد البديل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار راد اكل المبيع فرجع بكل الثمن فان قيل ان اشترى بغيره فخره فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عندا يبحفنة رح وهنا قال يرجع بالنقصان قلنا الفرق بينهما ان النحر افساد للمالية لانه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع *

قوله لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة ان فسخ العقد رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والحب والخبز وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية قلنا لان فسخ العقد ثم في الزيادة ممكن لان الزيادة تقع مخض باعتبار التولد والتفرع والاتصال والحاصل ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والخبز وهي لا تمنع الرد بالعيب لما مر ومتصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة والت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لانه لا سبيل الى فسخه مقصود لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع كالكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع وهي غير الاعيان والولد تولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربو لانه يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة والربو اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله **قوله** وليس للبائع ان يأخذ لان امتناع الرد لاحق الشرع للزيادة الحادثة وهي في معنى الربو وحرمة الربو احق الشرع (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع ومن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبير ايرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه *

قال ومن اشترى عبدا فاعقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع

قوله فان باعه المشتري اي باع المشتري الثوب المخيط او المصبوغ او السويق الملتوت بسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان ايضا لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة التحادثة في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حابسا للمبيع والاصل ان في كل موضع لو كان المبيع قائما على ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا للمبيع معنى لقيام المشتري مقامه في امساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع كحبسه فكان المبيع في يده وهو يريد ان يرجع بنقصان العيب ونمى له ذلك كذا ههنا وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه رده وان رضي البائع به فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصير المشتري ممسكا للمبيع ببيعه فبقي ارش العيب بحاله

قوله وعن هذا قلنا اي عن هذا الاصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير فخطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهبا للصغير مسلما اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان حابسا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبير ايرجع بنقصان العيب لانه لم يصير مسلما الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل الهبة فلم يصير حابسا فيرجع **قوله** اما الموت فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحيوة باعتبارها فينتهي بانتهائها اذ المالية بعد الموت (لا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلاً للملك وانما يثبت الملك فيه موقفاً الى الاعناق فكان انهاء فضاء كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاء بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي * وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن ابى حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض * فان قتل المشتري العبد او كان طعاماً فاكله لم يرجع بشيء عند ابى حنيفة رح اما القتل فالمدكور ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيا وي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضموناً وانما يسقط الضمان فهنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً بخلاف الاعناق لانه لا يوجب الضمان لا بمحالة كاعتاق المعسر عبداً مشتركاً واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعندة لا يرجع استحساناً وعلى هذا الخلاف اذ البس الثوب حتى تخرق لهما ان تصنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعناق ولانه تعذر الرد بفعل مضمون متدفق المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصوداً الا يرى أن البيع مما يقصد بالمسراء ثم هو يمنع الرجوع

لا تتحقق والملك في الآدمي باعتبار المالية وانتهت المالية بانتهاء المحبوة فانهى الملك * **قوله** لان العتق أي الاعناق انهاء الملك أي اتمامه لان الملك في الآدمي ثبت على خلاف الدليل الذي غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي مقرر في نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاء كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاء لاعتق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلاً للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالمسراء حقيقة او حكماً فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عبداً لمشتري **قوله** فان قتل المشتري العبد او كان طعاماً فاكله الخ والاصل ان امتناع الرد ان كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه متعق كان (مضموناً)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد نصار
كبيع البعض وعنه ان يرجع بنقصان العيب في الكل وعنه ان يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض

مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا اياه
واذا امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك او بفعل غير مضمون منه يرجع لانه لا يتصور ان يكون
ممسكا ثم ائتمل فعل مضمون اذ لو باشره في ملك الغير يضمن وانما استفاد البراءة عن الضمان
هنا لملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا
عن الملك ولهذا اياهم ويجب عليه الكفارة ان كان خطاء ويضمن ان كان مديونا وانما
لم يضمن اذ لم يكن مديونا لعدم الفائدة لاستحالة الوجوب له عليه فصار الضمان كالسالم
له معنى بهذا الاعتبار بخلاف الاعناق لانه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لوفعه في ملك
غيره لعدم النفاذ فيه ومن احدا الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلانا لانه اذا كان
معسرا لم يضمن وهذا لان الاعناق تطرف شرعي واعتباره بشرط وهو الملك بخلاف القتل
لانه حسي يتصور في الملك وغيره وهو لم يستند بالاعناق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون
حاسبا للمبيع فيرجع بالنقصان ويؤيد ما ذكرنا ان العتق ليس بمضمون مسئلة ذكرها
في شرح الطحاوي رحمه الله ان المشتري العبد لو وكل وكيله قبضه قبل نقدا الثمن فقبضه الوكيل
بغير اذن البائع فمات في يده كان للبائع ان يضمن الوكيل القيمة ويحبسها بالثمن ولو كان وكلا
بالاعناق فاعتقه الوكيل جاز عتقه ويصير قابضا وليس للبائع ان يضمن الوكيل القيمة وله ان
يطالب المشتري بالثمن فثبت ان العتق غير مضمون وكذلك قال ابو حنيفة رحمه الله في الاكل واللبس
فعل مضمون عليه وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل وذلك بمنزلة عوض يحصل له
فان قيل هذا يشكل بالقطع والخياطة فانهما فعلا مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان
قلنا انما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعي ولا كذلك ههنا فان الرد امتنع بفعل مضمون *

قوله وان اكل بعض الطعام الى قوله فصار كبيع البعض اذا باع بعضه ثم وجد به عيبا (لا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال ومن اشترى نيسا وبطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكأن البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل لان مالته باعتبار اللب * وان كان ينتفع به مع فساد لم يرد له لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي ربح يرد له لان الكسر بتسليطه فلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لافي ملكه نصار كما اذا كان ثوبا فقطعه * ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والتليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره نصار كالجمع بين الحر والعبد *

لا يرجع بالنقصان لافي المزال ولا في الباقي عندئذ لان امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه وعند زفر ربح يرجع بنقصان الباقي اعتبارا للبعض بالكل وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فعند ابي حنيفة ربح لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقي لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعنه ما ان يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهم لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فاكل البعض ارجى وعنه ما ان يرد ما بقي لانه مما لا يضره التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل وبعد بيع البعض عنهما وايتان في احدى الروايتين لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة ربح لان الطعام في حكم شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط *

قوله فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله اي لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف **قال** الامام الحلواني ربح هذا اذا قد فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد مذاقه لا يرجع عليه بشيء وما لا ينتفع به اصلا كله لقرع اذا وجده مراً او البيضة اذا كانت مذنرة **قوله** ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع (يعز)

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره او بينة او باء يمين له ان يردّه على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن

يعز فيه الحطب ويستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجده خاوبا اختلف المشايخ رح فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صا د ف محله ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالبة الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين ان البيع وقع باطلا واليه مال شمس الائمة السرخسي رح ان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتبار انسد باب بيعه والتليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثني في المائة وان كان الفاسد كثير او هو ان يكون في المائة اكثر من ثلثه لا يصح في الكل ويرجع بكل الثمن عند ابي حنيفة رح لجمعه في العقد بين ماله قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحا وهو الاصح وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا لان الثمن لم يفصل *

قوله لانه فسخ من الاصل فان قبل ينتقض هذا بمسائل احدث لها ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبينة ولو كان فسحا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل والثانية ان الرجل اذا باع امته الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري ظفر فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت ولد اثم ادعاه ابو البائع لا تصح الدعوة ولو كان الرد بالبينة فسحا للعقد من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح في امه ابنة التي لم يبعها ابنة اصلا والثالثة رجل باع عبدا من انسان ثم ادّال بالثمن على المشتري فريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينة فسحا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة فلنا ذكر محمد رح في مواضع ان الرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب (فيما)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى
القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فثبت بالبينه

فيما يستقبل لانما مضى الاثر ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه
اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة ما مضى من الحول
ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول
وكذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنيها ثم رجع الواهب
فيها لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى
وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل
يخرج عليه ما احصيناه من المسائل امام مسئلة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد
وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لانما مضى وكذلك المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته
باعتبار ولايته وقبل الرد لم تكن له ولاية فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسئلة الثالثة
لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ الاسلام
المعروف بخوارزمي قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كان لم يكن
متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ بكن لم يكن لان فسخ العقد
بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ
من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فتمكن في هذه الدعوى دورا وتناقض من هذا الوجه
ولكن يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذي قلنا كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله غاية الامر انه انكر قيام العيب هذا جواب سوال بان يقال لما انكر البائع الثاني العيب فكيف
يصح رده على بائعه بالعيب الذي انكره اذ ذاك مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت
المناقضة لما كذبه الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف محمد **قوله** ومعنى القضاء بالاقرار
وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار بالعيب لا يحتاج الى القضاء (بل)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رد اعلی الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا يعان بفسخ الثاني لا يفسخ الاول * وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرد له لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسحا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول **قال** ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن

بل يرد عليه لاقراره بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له ان يرد على بائعه * **قوله** وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة اي المشتري اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رد اعلی الموكل ولا يكون الرد على المشتري رد اعلی بائعه وان كان الرد بقضاء القاضي ولم يتفرق الحال بين الوكيل والمشتري اذا رد عليهما باقرارهما حيث يلزمهما **قوله** لان البيع هناك واحد اي في فصل الوكيل البيع واحد فاذا فسخ انفسخ في حق الموكل والموجود ههنا يعان بفسخ الثاني لا يفسخ الاول **قوله** والاول ثالثهما اي البائع الاول وبهذا تبين وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله كالا صبع الزائدة مثلا مع انا تيقنا ذلك العيب كان موجودا في يد البائع الاول كان أولى ان لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل انه حدث عند المشتري لا عند البائع ووجه هذه الرواية ان الرد بغير قضاء القاضي اقله تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه المالك المستفاد من جهة البائع الاول لخاصته **قوله** لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع (او يقيم)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو تضي
 بالدفع فلما يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه * فان قال المشتري شهدي
 بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار
 ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجه اما اذا انكل الزم العيب لانه حجة فيه
قال ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال يحلف البائع

او يقيم المشتري بيته وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ما ذكرنا نظرا رواية الجامع الصغير كما ذكر
 في الكتاب فقال وفي هذا التركيب نظر لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الاداء
 ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر ثم قال وامكن تصحيحه
 بتقدير الخبر للمذكور ثانيا ومعناه او يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار *
قوله حيث انكر تعين حقه وهو التسليم فان قيل ما ادعاه المشتري من العيب موهوم
 فلا يعارض المتحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة للقضاء عن النقص **قوله** لانه على
 حجه لانه لو حضر شهوة كان بسبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واسترداد الثمن
قوله لانه حجة فيه اي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول
 في الحدود والتعاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء المعقولة عند ابي حنيفة رج
قوله ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال اي جاء المشتري بالعبد الى البائع وقال بعثني ابقا
 وانما وضع المسئلة في الاباق لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لا يحدث مثله كالا صبع
 الزائدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف اذا دلب المشتري لانا ثبتنا
 بوجوده عند البائع او باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال يرجع الى قول
 الاطباء في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة او عيبا تطاع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع
 الى قول النساء في توجه الخصومة فلا يثبت في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب
 في يد المشتري في الحال ولا يحتاج المشتري الى اقامة البينة على قيامه في الحال (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حتى ينجم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول بان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالحجة * فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني بوعهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليقين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده و اراد تحليف البائع ما نعلم انه ابق عنده يحلف على توليها واختلاف المشائخ على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف

وانما يثبت بالبينة ما لا يعرف الا بالتجربة كالأباق والسرقة والبول في الفراش والجنون * **قوله** حتى يقيم المشتري البينة ان ابق عنده اي عند المشتري **قوله** والمراد التحليف على انه لم يابق عنده اي عند البائع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخر ديننا وانكر المدعى عليه قيام الدين فان القاضي يأمر المدعى عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وكما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذمم عن الدين اصل والشغل عارض فلنا الفرق بينهما وان قيام الدين في الحال لو كان شرط الاستماع الخصومة لم يتوصل المدعي الى احياء حقه عسى لانه ربما لا يكون له بينة اصلا او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها اما لو ثبتت او لغيتهم وما في دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة يتوصل المشتري الى احياء حقه لان العيب اذا كان مما يعاين امكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** والاول ذهول عنه وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب والثاني وهو قوله (لقد)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا يصير خصا فيه الا بعد قيام المعيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد

لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلقه بالشرطين لانه ح بتعلق الحنث به لقيام العيب في الحالين فاذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحنث فيدفع الرد بهذا التأويل فيتضرر به المشتري والاصح ان البائع لا يبر في يمينه الا اذا لم يكن العيب موجودا في البيع والتسليم اصلا لانه ينفي العيب عند البيع وعند التسليم فيحنث اذا لم يكن متعبا في احدهما وفي قوله يوهم اشارة الى ان تأويل البائع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح وانما يحلف البائع على البتات والتحليف على فعل الغير وهو سرقة العبد او اباقة وفي مثل ذلك التحليف على العلم لانه استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض المودع الوديعه فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع وكالوكيل يبيع العبد لو قال قبض الموكل ثمن عبد بعته بحكم الوكالة فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القمض فعلا لغيره قال القاضي الامام ظهير الدين رح هذا لا يقوى المسئلتين اجدلها باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات احدهما وورثه البائع الآخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد رح وان كان يدعى العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان اذا باع عبدا وغاب احدهما ثم ادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر في نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وان ادعى ان له علما بذلك *

قوله وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة والفرق لا يحنث في رج بين البينة والتحليف في ان العاجز عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التحليف (لا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

على الوجه الذي قد مناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ *

قال ومن اشترى جارية وتقبصا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال

المشتري بعتهما وحدهما قال قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول

للقابض كما في الغصب * وكذا اذا انتقعا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا *

قال ومن اشترى عشرين صفقة واحدة نقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذها

او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تغريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض

له شبه بالعقد فالتغريق فيه كاللتريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه

لان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقية الخصومة وان يكون المشتري

خصما للبائع هنا لا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما

فلم يشرع التحليف لانتفاء موجهه وهو قطع الخصومة واما البينة فلا ثبات كونه خصما

الا ترى ان الرجل يقيم البينة على انه وارث فلان او وكيل فلان فانه يصح *

قوله على الوجه الذي قد مناه اي على البتات بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط

قوله كما في الغصب يعني اذا انكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله **قوله** وكذا اذا

انتقعا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض اي في مقدار المقبوض بان كان المبيع جارينتين

ثم اختلفا فقال البائع للمشتري قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما **قوله** لما بينا

اشارة الى ان الاختلاف في مقدار المقبوض **قوله** لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تغريقها

قبل التمام وقد ذكرناه اشارة الى قوله قبيل باب خيار العيب ان الصفقة تتم مع

خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله **قوله** وهذا لان القبض له شبه

بالعقد بوجهين احدهما ان القبض مثبت ملك التصرف واليد الثاني ان القبض موكد (لما)

ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف واليد والثاني ان القبض موكد (لما)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وبروي عن ابي يوسف رح انه يرد خاصة والاصح انه ياخذها او يرد هما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرد خاصة خلافا لفرقة هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعري عن مضرة لان العادة تجرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا قالوا لو استحق احد هما ليس له ان يرد الاخر

لما اثبت العقد وللتاكيد شبه بالايجاب الاترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجفوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج فالشهود اكذوا
نصف المهر فصاروا كأنهم الزموا نصف المهر على الزوج *

قوله وبروي عن ابي يوسف رح انه يرد خاصة كانه جعل غير المعيب تبعا للمعيب حتى جعلهما مقبوضين **قوله** وصار كحس المبيع لما تعلق زوال حس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول الا قبض الكل فكذلك تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فما لم يقبض الكل لا تتم الصفقة على ان الصفقة ان تاهت فيما قبض لم تنه فيما لم يقبض فدارا التفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشك **قوله** ولو قبضهما ووجد باحدهما عيبا يرد خاصة قيل هذا في شئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبد ين اما اذا لم يكن كزوجي الخف ومصرع الباب فانه يردهما او بمسكهما حتى قال مشائخنا اذا اشترى زوجي ثورا فقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وما ذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا تتم قبله **قوله** ولهذا لو استحق احدهما اي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لو استحق احدهما بعد قبضهما ليس له ان يرد الاخر بل يلزم العقد (على)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن أو يحد ببعضه مبادرة كله أو اخذه كله ومراعاة بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يوزن ان يدعى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر * ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعض

على المشتري في الآخر ولو استحق احدهما قبل القبض له ان يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام وبهذا يستدل على ان تفريق الصفقة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق فيجب ان يكون في خيار العيب كذلك وهو ان يجوز بعد القبض لا قبله بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفقة لا تتم ثمه بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري رد كوفي المختار اذا اشترى عبيدين ووجد باحدهما عيباً قبل القبض رده بحصته من الثمن عند فرج كما لو وجد به عيباً بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض فهذا يخالف ما ذكره هنا *

قوله لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لان المالكية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالكية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه فان قيل لو كان المكيل والموزون كشيء واحد كالثوب والعبد مثلاً كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض قلنا في استحقاق البعض بعد القبض من ابي حنيفة ربح روايتان والفرق على احدهما ان استحقاق البعض لا يوجب عيباً في الباقي بخلاف ما لو وجد البعض عيباً وميزة لبرده لان تمييز المعيب عن غير المعيب يوجب زيادة عيب ولا فرق بين ما اذا كان الكل في وعاء واحد او في اوعية هذا البعض وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين فهو كعبيدين حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر وحكي عن الفقيه ان يجمع ربح انه قل ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في اوعية مختلفة (فوجد)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام *
قال وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكمل والموزون *

قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فدارها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاء لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مستطاب

فوجد في وعاء واحد عيبا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يفتي به ويزعم انه رواية عن اصحابنا رح وقالوا لافرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او اوعية ليس له ان يرد البعض بالعيب واطلاق محمد رح في الكتاب يدل عليه وبه كان يقول شمس الائمة السرخسي *

قوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار في رد ما بقي كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فاجاب رح وقال لا يلزم اذ لو لم يرد ذلك للزم باعتبار الاستحقاق وانه لا يمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر في الكتاب **قوله** وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق اي ان عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلذلك كان للمشتري ان يرده **قوله** لان ذلك دليل قصده الاستبقاء اي في ملكه لان المداواة لازالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكّن من الرد فكانت المداواة دليل الامساك ودليل الرضا بالعيب **قوله** لان الخيار هناك للاختبار يعني ان خيار الشرط انما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك فلو جعل اختيار المالك ثلث فائدة خيار الشرط اما خيار العيب انما شرع ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت فدفع الضرر فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجا اليه وانه تصرف لا يجعل بدون المالك فجعل دليل الرضا * (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وان ركبها ليردها على بائعها وليسقيها وليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا **قال** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يردده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة ر ح وقال يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الاختلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي في المالية فنفاذ العقد فيه لكنه منعيب فيرجع بنقصانه

قوله وان ركبها ليردها ذكر الامام التمر تاشي ر ح وان ركبها ليردها على البائع فليس برضاء سواء كان منه بدا ولا وان ركبها ليسقيها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد لصعوبتها بان كان جموعا او لعجزه عن المشي فليس برضاء ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل وتاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب **قوله** فلانه سبب الرد فيكون مفضيا اليه ومقررا له ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به اي لا وقت الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له ان يردده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة ر ح وفي الجامع الصغير للامام التمر تاشي ر ح رجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة ر ح وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقص قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع **قوله** وعلى هذا الاختلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع نحو القتل العمد والردة **قوله** وانه لا ينافي في المالية ولهذا يجوز بيعه وينقل بالقبض الى ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري * (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فما تثبت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالتقصان كما ذكرنا وعند لا يرد به دون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ان لم يقبل وان قبله البائع فثلثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احد بهما الرجوع فيتنصف ولو نذرا ولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عند كفا في الاستحقاق

قوله عند تعذر رده اما تعذر الرد في القتل فظاهر واما في القطع فانه وجد في يد المشتري وهو عيب حادث فلا يرد الا ان يرضى البائع **قوله** مضافا الى السبب السابق وهذا لان السبب الموجود عند البائع اوجب استحقاق الفعل واستحقاقه اوجب وجوده ووجوده اوجب فوته فصار ذلك مضافا اليه بهذه الوسائط كما في شري القريب والدليل على ان نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واجته وان المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتلف انه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فردة على المالك ثم قتل او قطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة او بنصف القيمة على الغاصب **قوله** وما ذكر من المسئلة ممنوعة اي مسئلة الجامل ممنوعة اي على هذا الخلاف ولئن سلم فقد ذكر في المبسوط واما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لاموت الام بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نظير الزاني اذا جلد ولا يلزم على اي حنيئة رح الجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوبة كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما اوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينقص قبض (١)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وعند هما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يغيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضاه ولا يغيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع *

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرد به عيب وان لم يسم العيوب بعد ردها وتال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التمليك حتى يرد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تقضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابيوسف رح

المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينقص قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية محمومة فماتت في يد المشتري من تلك الحمى لانها لا يموت بمجرد الحمى بل بزيادة ترادف الآلام ولم يكن عند البائع وكذلك الامة اذا زوجها مولاه وهي بكر ثم باعها ثم اقتضها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل ان من اشترى جارية فوجد هائبا لا يتمكن من الرد وكلامنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا الوزني العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المولوم وموته بذلك بمعنى عارض وهو خرق الجلد اضعف المجلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب *

قوله وعند هما يرجع الاخير على بائعه لانه لم يصرحا بسا للمبيع حيث لم يبعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا للمبيع **قوله** في الكتاب اي في الجامع الصغير **قوله** في الصحيح وفي رواية عنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كالاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فليشبهه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن ولشبهه بالعيب لا يرجع عنه عند العلم بشي مما لهما وان اعتقه المشتري فقطعت يده (لو)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تناول الثابت ولا يبيوسف رح
ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث *

او قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب وعندا يحنيفة رح لا يرجع لان القطع
والقتل لم يتضمنا تقويت المالية هنا لانعدام المالية يوم القطع والقتل *

قوله وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث واجمعوا على ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل
عيب به انه لا يبرأ عن الحادث لانه لما قال به اقتصر على الموجود كذا في شرح الطحاوي
قوله ولا يبيوسف رح ان الغرض الزام العقدان قيل الرواية منصوطة في شرح الطحاوي
وفي المبسوط ايضا بانه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع
والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده قلنا قد ذكر في الذخيرة انه اذا باع
بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عندا يبيوسف رح خلافا لمحمد رح
وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن امي يوسف رح فيما ذكر ان انص على البراءة
من العيب الحادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد
مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ههنا ظاهر لفظه يتناول العيوب
الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما
وقد يدخل في التصرف تبعا مالا يجوز ان يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب
في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية وذكر في شرح الطحاوي ولو وجد المشتري
بالمبيع عيبا فجاء يردده بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع كان
هذا العيب موجودا ودخل في البراءة وقال المشتري هو حادث ولم يدخل في البراءة فعلى
قول ابيوسف رح لا فائدة لهذا الاختلاف لانه تبرأ عنهما جميعا وعند محمد رح القول قول البائع
مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في النسخ ظاهر بشرط البراءة وثبت
حق النسخ له بحادث العيب باطن فاذا ادعى المشتري باطنا ليزيل به ظاهره لم يصدق * (باب)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

* باب البيع الفاسد *

اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كما تباع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحرق قال رضى هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول
البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لا نعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال

* باب البيع الفاسد *

قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد والفاسد اعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس **قوله** هذه فصول اي مسائل جمعها اي القدوري رح فنقول البيع بالميتة والدم باطل انما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل بيع الميتة والدم لثبت حكم البطلان في بيع الميتة بالطريق الاولى وذلك لان الباء يدخل في الاتباع والوسائل ولهذا يقال كتبت بالقلم والايمان اتباع الاتري ان البيع يجوز وان لم يكن الثمن موجودا ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص ولما بطل البيع عند جعل الميتة والدم نمالا ان يبطل بجعلهما مبيعا اولي وهذا اللفظ مجرى على عمومته فيما اذا اريد بالميتة الحيوان الذي مات حتى انفه واما اذا اريد بها المختقة والموقوذة فليس بمجرى على عمومته فان بيع المختقة والموقوذة جائز عند اهل الكفر وان كانت ميتة عند المسلمين وفي التجنيس اهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم بان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى يموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا الاتري ان المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة **قوله** عند احدى ممن له دين سماوي وهذا لان صفة المالية للشيء يتمول كل الناس او يتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحه الانتفاع به شرعا وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان ابيع الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس اياه (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشائخ لان البعد غير معتبر فيهي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حال من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابى حنيفة رح والثاني قولهما كما في بيع ام الوالد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحرباطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير

قوله فانه مال عند البعض اي الخنزير مال عند البعض والخمر مال مطلقا واذ ان كل واحد منهما مال متقوم عند البعض اي عند اهل الذمة **قوله** ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشائخ فمنهم الشيخ الامام احمد الطوازي سي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وعند البعض يكون مضمونا ومنهم الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك ففيه اتفاق الروايات على ان المشتري يملكه واما اذا قبضه بعد الانتراق عن المجلس بغير اذن للبائع هل يملك ذكر في الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان الثمن شيئا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون اذا ناله بالقبض كذا ذكره الامام قاضي خان رح في الجامع الصغير وعند مشائخ بلخ رح الفاسد يفيد ملك العين وعند مشائخ العراق يفيد ملك التصرف لا ملك العين وهذا لا يجوز للمشتري ان يتأجارية اشتراها بشري فاسد ولاشفعة في الدار المشتراة به ولا يحل اكل طعام اشتراه به واما مشائخ بلخ رح فقالوا ان جواز التصرف له بناء على ملك العين وهو الاصح بدليل ان من اشترى دارا بشري فاسد وقبضها فبيع بجنبها دارا للمشتري ان يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية بشري فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب على البائع الاستبراء ولو باع الاب او الوصي (عبد)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

أَنَّكَ قَوْلٌ بِالْدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وَأَنَّكَ قَوْلٌ بِعين فالبيع فاسد
حَتَّى يَمْلِكَ مَا يَقَابِلُهُ وَأَنَّكَ لَا يَمْلِكُ عَيْنُ الْخَمْرِ وَالْخَنزِيرِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْخَمْرَ
مَالٌ وَكَذَا الْخَنزِيرُ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لِمَا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِأَهْلِهِ
وَتَرَكَ أَهْلَهُ وَفِي تَمْلِكِهِ بِالْعَدَمِ مُقْصُودُ إِعْزَازِهِ وَهَذَا لِأَنَّهُ مَتَى اشْتَرَاهَا بِالْدين كالدراهم
فَالْدين غَيْرُ مُقْصُودٍ لِكُونِهَا وَسِيلَةً لِمَا أَنَّهُ تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَأَمَّا الْمَقْصُودُ الْخَمْرُ

عَبْدَيْنِ يَبِيعُ فَاِسَدًا أَوْ قَبْضَهُ الْمُشْتَرِي وَأَعْتَقَهُ جَازِعَتَهُ وَلَوْ كَانَ عَتَقَهُ عَلَى وَجْهِ التَّسْلِيَةِ
لِمَا جَازَ لَأَنَّ عَتَقَهُمَا أَوْ تَسْلِيَتَهُمَا عَلَى الْعَتَقِ لَا يَجُوزُ فَعَلِمَ بِهَذِهِ الْأَحْكَامِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْعَيْنَ
وَأَمَّا لَمْ يَحِلَّ وَطِئَ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَاةَ بِشَرِيٍّ فَاسْدَلَانَ فِي الْأَشْغَالِ بِالْوَطِئِ أَعْرَاضًا
عَنِ الرِّدْقِ قَالَ الْأَمَامُ الْحَلَوَائِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْوَطِئُ وَلَا يَحْرُمُ كَذَا فِي الْبَيْتِ وَمُثَبَّتٌ الشَّفْعَةُ لِأَنَّ
فِي قَضَاءِ الْقَاضِي بِالْشَّفْعَةِ تَأْكِيدَ الْفَسَادِ وَتَقْرِيرَهُ وَلَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الْأَعْرَاضِ عَنِ الرِّدْقِ *

قَوْلُهُ أَنَّكَ قَوْلٌ بِالْدين كالدراهم والدنانير فَنَسَرَ الْدينَ بِهِمَا لِأَنَّهُمَا ائْتَمَانٌ أَبَدَانِ
لَا فِيهِمَا خُلُقَتَانِ فِي الْأَصْلِ ثَمَنُ الْأَشْيَاءِ وَقِيمَتُهُمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَشُرُوهَ بَثْمَنٍ بِخَسْ دَرَاهِمٍ
مَعْدُودَةٍ فَسَرَ الثَّمَنُ بِالْدين كالدراهم وَقَالَ الْفَرَاءُ الثَّمَنُ مَا يَكُونُ فِي الذِّمَّةِ وَالْدين كالدنانير
لَا تَتَعَيَّنُ عَلَى أَصْلَانِ فِي عَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ وَأَمَّا يَنْعَقِدُ عَلَى مِثْلِهِمَا دَيْنَانِ فِي الذِّمَّةِ
فَجَعَلُوا الدَّرَاهِمَ وَالْدينَانِ ائْتَمَانًا لِهَذَا وَالْإِعْيَانِ الَّتِي لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ
كَغَيْرِ الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزَنَاتِ مَبِيعَةٌ أَبَدَانِ وَالْمَكِيلَاتُ وَالْمُوزَنَاتُ وَالْعَدْدِيَّاتُ الْمُتَقَارِبَةُ فَهِيَ
مَبِيعَةٌ وَثَمَنٌ فَإِنْ قَابَلَهَا بِالْدين كالدراهم وَالْدينَانِ فَهِيَ مَبِيعَةٌ وَأَنَّكَ فِي مُقَابَلَتِهَا عَيْنٌ
فَأَنَّكَ كَانَتْ الْمَكِيلَاتُ وَالْمُوزَنَاتُ مَبِيعَةً فَهِيَ مَبِيعَةٌ وَثَمَنٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَبْدُلُهُ مِنْ مَبِيعٍ
وَثَمَنٍ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بَابٌ يَجْعَلُ مَبِيعًا وَلِيٍّ مِنَ الْآخِرَانِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ يَتَعَيَّنُ
فِي الْبَيَاعَاتِ كَالْعَرُوضِ فَجَعَلْنَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعَةً مِنْ وَجْهِ لَمَّا مِنْ وَجْهِ وَأَنَّكَ كَانَتْ الْمَكِيلَاتُ
وَالْمُوزَنَاتُ غَيْرَ مَبِيعَةٍ فَإِنْ اسْتَعْمَلْتَ اسْتِعْمَالَ ائْتَمَانٍ فَهُوَ ثَمَنٌ نَحْوَانِ يَقُولُ (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمير لان المشتري للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمير وفيه اعزاز للثوب دون الخمير فبقي ذكر الخمير معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمير حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمير وكذا اذا باع الخمير بالثوب لانه يعتبر شراى الثوب بالخمير

اشترى هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بان قال اشترى منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم *

قوله فسقط التقوم اصلا اي لم يظهر حكم التقوم في نفسه ولا فيما يقابل به من الدراهم والدنانير لان الثمن يثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة انما يكون حكما تملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل العقد اصلا وان كان قبيل بعين ظهر حكم التقوم في حق تملك العين فصار العقد منعقدا في حق العين ولم يصح تسمية الخمير في نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة العين لانه لا يملكه مجا نابل بعوض وقد تعذر مقابله بذلك العوض اذ لا قيمة لذلك العوض فيصار الى قيمة هذا العوض ضرورة والعقد الصحيح يقع مضمونا بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيئا هو عنده مضمون بالقيمة لم يحتج الى قبض جديد للمشتري حتى يكون الهلاك عليه ويتم العقد الا ان ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط بينهما بتراضيهما وهو الثمن مقام ذلك ولهذا نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الاصلي وهما بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الاصلي فوجبت القيمة حتى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذي يوجب العقد متى انعقد البيع ولم يكن غيره **قوله** وكذا اذا باع الخمير بالثوب اي يكون البيع فاسدا باطلا وان كان فيه شبهة كون الخمير مبيعا لدخول الباء في الثوب ولكن قد ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن والكلام فيما اذا كان الخمير والثوب معينين فلما كان في الخمير جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

لكونه مقايضة **قال** وبيع ام الولد والمدر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله ام اعتقها ولد هاوسنبيه الحرية انعقد في حق المدر في الحال لبطان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان ولا يظهر الجواز والمراد المدر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق * **قال** وان ماتت ام الولد او المدر بر في بدا المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقال عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدر وام الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تحقق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم اليهما

البطالان صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن الالغاء والبطالان بقدر الامكان * **قوله** لكونه مقايضة المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بهالتساوى العوضين في العينية يقال هما فيضان اي متساويان **قوله** لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتفسير حق العتق هو استحقاق لا يدخل عليه الا بطل كذا في الجامع لفخر الاسلام **قوله** لازمة في حق المولى حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة ولا يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك ان يعجز نفسه **قوله** حتى يملك ما يضم اليهما كما اذا جمع بين قن ومدر صرح البيهقي في القن ولو لم يدخل في البيع لما انعقد على القن كما لو جمع بين حروقن **قوله** وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما لانهما ليسا بمحل البيع فلا يفيد دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه فان قيل ينبغي ان يكون في ضم المهر الى العبد كذا قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع اما المدر وام الولد فمال وانما امتنع البيع لتضمنه بطلان حتى الحرية (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانقراذه وانما يثبت حكم الدخول فيما
ضمه اليه كذا هذا * ولا يجوز بيع السهمك قبل ان يصاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة
اذا كان لا يورث الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم الفاه فيها ولو كان
يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك *
ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا الوارسله من يده لانه غير مقدور
التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي ع م عن بيع الحمل وحبل الحبله ولان فيه غررا *
ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه يئازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط بالمبيع بغيره *
قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط
المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع
في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه ع م نهى عن بيع الصوف
على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح

قوله فصار كمال المشتري كما لو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة
فان عبده يدخل في شرائه لثبت الملك في حق الآخر وهذا لانهما مالان حقيقة حران من وجه
فد خلا تحت البيع في حق انعقاد العقد دون الحكم عملا بل لا يلين بخلاف الحر لانه
ليس بمال بوجه **قوله** ولا بيع الحمل ولا النتاج الحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا
الحمل وهو المراد من حبل الحبله في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية
فابطل ذلك بالنهي ولان فيه غرر او قد نهى النبي عليه السلام من بيع فيه غرر وهو
ما انطوت عنك معنيه وخفيت عليك عاقبته **قوله** لانه من اوصاف الحيوان الصوف
قبل الجزاز وصف الحيوان لان ما يكون متصلا بالحيوان هو وصف محض بخلاف
ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك **قوله** ولانه ينبت
من اسفل بضم الباء وذلك يتبين فيما اذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركها اياما (فا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

في هذا الصوف يفتى حيث جوز بيعه فيما يروى عنه *

قال وجدع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع اولم يذكراه لانه لا يمكن التسليم
الابضر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعضه ولو لم يكن متعينا
لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري
يعود صحيحا لزال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ حيث لا يكون
صحيحا وان شقها واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود *

فالمختصوب يبقى على رأسه لاعلى اصله بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها حتى لو ربطت
خطا في املاها وترك اياما يبقى الخط اسفل مما في راسها الآن والاعلى ملك المشتري *

قوله في هذا الصوف اي الصوف على ظهر الغنم **قوله** لانه لا يمكن تسليمه الابضر ولا يقال بانه
رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا
وفي الفوائد اظهرية العقد مشروع والضرر غير مشروع فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعاً
ولا يلزم المحاباة لانه ليس فيه تقويت باستهلاك المال ولا بيع الحباب في الدار اذا لم يمكن اخراجها الا
بقلع الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع هنا يتعين وغيره ايضا وفي الحباب
انما يتعين البناء دون الحباب وفيما اذا اشترى نخلا او شجرة على ان يقطعه المشتري لوزر على ان
ان يحصده قالوا يجب ان يجوز لانه امكن تسليمه من غير ان يتصل بالارض ضرر وفي هذا التغليل
اشارة الى ان التغليل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض
لانه لا يمكن القلع الا بحذر الارض وعند البعض يجوز للتعامل نصارك بيع الكراث يجوز للتعامل
وان كان القياس بانه جواز لانه ينمو من اسفله فيختلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهر
الغنم فبقى على اصل القياس والمراد من قوله وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا يضره القطع
نحو القميص والعمامة **قوله** اما الجذع فعين موجود فان قيل لو باع جلد الشاة المعين قبل الذبح
لا يجوز ولو ذبح الشاة و سلخ جلد ها وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد ميتا (موجودا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غمرا وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجدود مثل كيله خرصا لانه م نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكبلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا الغنبل بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه م نهى من المزابنة ورخص في العرايا وهوان يباع بخرصها تمر افيما دون خمسة اوسق فلنا العروة العطية لغة وتأويله ان يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجدود وهو بيع مجاز لانه لا يملكه فيكون برا مبتدأ * ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة والمناذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهوان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساو مان فاذ المسها المشتري او يذها اليه البائع لو وضع المشتري عليها حصة لزم البيع فالاول بيع الملاسة والثاني المناذة والثالث القاء الحجر

موجودا وكذلك لو باع كرشها او اكارعها ثم ذبح وسلم فلنا الجلد وان كان عينا موجودا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقه فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد الا انه عد عا جزا عن التسليم حكما لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب الشبكة على الطائر القاها عليه ومنه نهى من ضربة القانص هو الصائد وفي تهذيب الازهري عن ضربة القانص وهو الغواص على اللائي وذلك ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا *

قوله ولان فيه غمرا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد الزبن الدفع وناقة زبون تربن جالها ومنه الزبون للابل الذي يغبن كثيرا على الاسناد المجازي واسترته وتربته اتخذه زبونا والمزابنة بيع التمر في وؤس النخيل بالتمر كيلا من الزبن ايضا لانها يودي الى النزاع. والدفاع **قوله** يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة اوسق وله (في)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الملامسة والمنا بذة ولان فيه تعليقا بالخطر *

قال ولا يجوز بيع نوب من نوبين لجهالة المبيع ولو قال علي انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء
جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه * ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء
اما البيع فلانه ورد علي مالا يملكه لا شراك الناس فيه

في متد اربعة اوسق قولان قلنا العربية العطية قال عليه السلام للخراصين خففوا في الخرص
فان في المال العربية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب
العتاء وتفسير العربية ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري
دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف
الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوزا بالخرص ليدفع ضرورة عن نفسه
ولا يكون مخلصا للوعد وهذا عند ناجائز لان الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له ما دام متصلا
بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا عنه بل هبة مبتدأة وانما سمي ذلك بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما
دون خمسة اوسق نطن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فقل كما وقع عنده *

قوله وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الملامسة والمنا بذة الحديث لم يتعرض لبيع القاء الحجر
ولكنه الحق ببيع الملامسة والمنا بذة بطريق الدلالة وهو ان يتساوما فان احب المشتري
الزام البيع لمسه بيده او وضع الحجر فيكون مشتر بالهاريضي مالكما اولم يرض وان احب
مالكما الزام البيع ينذها اليه قبل زمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وذكر في المنتقى
قال ابو حنيفة رحمه الله الملامسة ان يقول ابيعك هذا المتاع بكذا اذا ذالمستك وجب البيع
او يقول المشتري كذلك والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر
وجب البيع **قوله** الكلاء واحد الاكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس كذا
في المغرب **وانما** قال المراد التلا لان لفظ المرعي يقع على موضع الرعي وهو الارض فيجوز (بيعها)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

بالحديث وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى *

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبلغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير

بيعهما فلا يصح ان يراد ان المراد بهما ما يحويه المرعي من الكلأ اطلاقاً لا اسم المحل على الحال *
قوله بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلأ والنار والمراد بالماء الذي في الانهار والآبار ما اذا اخذه وجعله في وعاء فقد احرزه فجاز بيعه وبالكلأ ما نبت في ارض غير مملوكة وما نبت في ارض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون محرزاً له بكونه في ارضه واذا انبت صاحب الارض بالسقي والتربة في ارضه اختلفت الروايات فيه فانه ذكر في الذخيرة والمحيط ولوباع حشيشا في ارضه ان كان صاحب الارض هو الذي انبت بان سقاها لاجل الحشيش فنبت بتكلفه جاز لانه ملكه الا ترى انه ليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه وان نبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له بل هو مباح الاصل الا ترى ان لكل احد ان يأخذه وفي القدوري ولا يجوز بيع الكلأ في ارضه ولو ساق الماء التي ارضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع الشركة بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي الكلأ على الشركة فلا يجوز وذكر الامام الترمذي والاسيحاقي عن المتأخرين اذا نبت الكلأ بسقي رب الارض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش ولو احتشاه انسان بلا اذنه كان له الاسترداد وهو مختار الشهيد وان نبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لابنائه وذكر الحلواني عن محمد رحمه الله: لكلأ ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلأ مثل الحاج وكان الفضلي يقول (هو)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كواراً فيها
عسل بما فيها من النحل يجوز تباعه كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند
أبي حنيفة رح لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رح يجوز إذا ظهر فيه القز تباعه وعند
محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعاً به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رح

هو كلاً ومعنى اثبات الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب
بها ما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بأذن صاحبها وذكر في الفوائد الظهيرية
وكذلك لا يجوز الإجارة لأن المستحق بالإجارة المافع دون الأعيان إلا إذا كانت الأعيان
آلة لأقامة العمل المستحق بالإجارة كاصبع في استيجار الصباغ واللبن في استيجار
الظفر لكونه آلة للحضاب والطؤورة وذكر الأمام التمر تاشي رح بخلاف استيجار الظفر
حيث يجوز لأن لبن بنات آدم في حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن مثله *

قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه أحتز بقوله لا بعينه عن بيع المهر والجمش فانهما
وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما فيجوز لبيع الكوار بالضم
والتشديد عن العوري معسل النحل إذا سوى من طين **قوله** كذا ذكره الكرخي رح
هكذا ذكرهنا وذكر في موضع آخر أن هذا قول القدوري وأنكر أبو الحسن وهو الكرخي
جواز بيع النحل مع المعسل وقال أنما يدل على الشيء في البيع تباعه غيره إذا كان من حقوقه
كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية * **قوله** وعند محمد رح
يجوز كيف ما كان وعليه الفتوى اعتباراً للعادة ولأنه يتولد منه ما هو منتفع به
فيصح بيعه كبنز البطيخ ففي دود القز ما بوحنيفة رح على أصله المذكور في بيع النحل
وكذا محمد رح مر على أصله فقال بالجواز فيهما وأما أبو يوسف رح ففرق ففي بيع
النحل مع أبي حنيفة رح وفي بيع دود القز مع محمد رح فقال ما ظهر من القز منتفع به في
المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل كذا في الفوائد الظهيرية * (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جازيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الأبوين لنهي النبي صلى الله عليه وآله عنهما ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي بيع أبى مطلق وهو أن يكون أبى في حق المتعاقدين وهذا غير أبى في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عليه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لأنه أبى في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الأبى ثم عاد من الأباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لأنعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله إن يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية

قوله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقال الإمام المحبوبي رحمه الله وعليه الفتوى وفي الذخيرة فإنه اختيار الصدق والشهيد رحمه الله **قوله** وكان أشهد عليه أي أنه يأخذه للرد على المولى لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة وهو أدنى لأنه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو أقوى لأنه مضمون لازم ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله أن لم يشهد فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لا يصير قابضاً وعندهما يصير قابضاً عقيب الشراء وإن كان أخذه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء عندهم جميعاً **قوله** ولو باع الأبى ثم عاد من الأباق لا يتم ذلك العقد ويحتاج إلى بيع جديد وبه أخذ جماعة من مشائخنا وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتاً وقت البيع فلا يجوز أن وجدته من بعد وصار كما لو باع خمراً نصراً خلا في المجلس وسلمه أو باع طيراً في الهواء أو سمكاً في الماء ثم أخذه وسلمه في المجلس فإنه لا يجوز **قوله** لأنعدام المحلية لأن محل البيع مال ومقدور التسليم والأبى ليس بمقدور التسليم ولأن المالية في الأبى باوية فهو كالمعدوم حقيقة في المانع من البيع فإن قيل فلم جازاً عاقبه قلنا الاعتاق (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابقى بعد البيع وهكذا يروى من محمد ر ح *
قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي ر ح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه
جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتدال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف ر ح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد
على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل
يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن *

ابطال الملك فلان سلم تواه بالابق واما البيع فانبات الملك للمشتري والتوى بنا فيه
فلا يثبت وعن ابي حنيفة ر ح انه يتم العقد وبه اخذ الكرخي ر ح وجماعة من مشائخنا
وذكر القاضي الاسي جابي ر ح وبعد ظهور الابق فايهما امتنع من البائع والمشتري
يجبر على التسليم والتسلم ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشتري رفع الامر
الى القاضي وطلب التسليم من البائع وظهر عجزه عن التسليم وفسخ القاضي العقد
بينهما ثم ظهر العبد فح يحتاج الى بيع جديد كذا في الذخيرة *

قوله والمانع قد ارتفع وهو العجز فاذا زال صار كان لم يكن كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل
الخصومة كذا في المبسوط وتوباع الابق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له اولين في حجرة جازلان
ما بقي له من اليد في الابق يصلح لقبض الهبة دون البيع واعتاق الابق عن الكفارة جائز اذا علم
حيوته ومكانه كذا ذكره التمر تاشي **قوله** ولا بيع لبن امرأة في قدح وانما قال في قدح لانه لو لم يذكر
القدح لتوهم انه يحوز بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز بسبب كونه في الثدي كما هو الحكم
في البان سائر الحيوانات انه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز وان كان في القدح اوفي فيرة من الائمة
يجوز **قوله** لانه مشروب طاهر في النهاية ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احتراز عن الخمر
وعما لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرا كحبات الحنطة لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعهما لفوات
وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة ولنا انه جزء الآدمي (فلا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخنزير للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرر ^{في} الى البيع ولو وقع في الماء القليل يفسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده

فلا يكون ما لا لان المال هو غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي مما يجري فيه الشح والاضنة ومحل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره اصلا وامادلالة ان اللبن جزء الآدمي فهو ان الشرع اثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية فلما كان هو جزء الآدمي والآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتدال بالبيع وغيره فلذلك لا يجوز بيعه فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة بالاتلاف فوجب ان يكون اللبن كذلك فلنا اجزاء الآدمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذلك السن اذا نبتت الا ما يستوفى بالوطئ فانه مضمون وان لم ينتقص شيء تعظيما للبضع الا ترى انه يجب وان اذنت بالاستيفاء اذا لم يجب الحد بخلاف الطرف فانه لا ضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطئ ملحق بالنفس حكما في حق الضمان احتراما للماء الذي منه النفس وباتلاف اللبن لا ينتقص من الاصل شيء فلا يضمن كذا في الاسرار واما قوله انه مشروب طاهر فلا نسلم بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة حتى لو استغنى لم يمتح شربه وصبه في عين رمدة عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به ولا يدل هذا على انه مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعقد للحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على انه مال متقوم مع ان الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق واما ما يحلب بالقوارير فقلما يحصل به غذاء الصبي وفي تجويز بيع ذلك فساد فانه ثبت حرمة المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربى به من الصبيان فاذا لم يكن معلوما يمكن فساد في النكحة من الله والله لا يحب الفساد * .

قوله فلا يجوز بيعه اهانة له فان قيل جعل البيع في لبن الآدمي وشعره دليل الاهانة (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يبيوسف روح ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها* ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيدي في قرون النساء وذوائبهن *

قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغبر المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة* ولا بأس ببيعها والانتفاع بها

وفي شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف يكون الشيء الواحد دليل الاعزاز والاهانة فلنا انما كان كذلك باعتبار المحل كما ان الاحراق اهانة في حق الآدمي اعزاز في حق الحطب حيث اعتبر به دون غيره وقال النقيض ابو جعفر رحمه الله ان كانت الاساكنة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره للبائع وقيل لا يطيب الثمن للبائع ولا بأس للاساكنة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم وفي الشافي لو صلى ومعه شعر الخنزير اكثر من قدر الدرهم وزنا عند بعضهم وبسطا عند آخرين لم تجز عند ابي يوسف روح وقال محمد روح تجوز وفي الذخيرة في المنتوف واما المخروز فظاهر *

قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل الطهارة والصحيح قول ابي يوسف رحمه الله لانه لو كان طاهرا مباح الانتفاع به يصح بيعه قياسا على عامة ما هذا شأنه وعن بعض السلف انه كان لا يلبس مكعبا او خفا مخروزا بشعر الخنزير **قوله** الواصلة التي تصل الشعر والمستوصلة التي تفعل بها ذلك وروى عن محمد روح انه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي ان النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعرة بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لم يفعل وانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهى ان يعود اليه مثله في المستقبل **قوله** فيزيدي قرون النساء وذوائبهن اي يزيدي اصول الشعر للتكثير وفي الذوائب للتطويل **قوله** ولا بيع جلود الميتة (قبل)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

بعد الدباغ لانها قد ظهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس بيع عظام الميتة وعصبتها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قرناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد ر ح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به **قال** واذا كان السفن لرجل وعلوه لاخر فسقطا وسطا العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احراره والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء

قبل ان تدبغ ولا يقال نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس لانا نقول هذه الدسومات في الجلد باعتبار اصل الخلقة فلما لم يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما النجاسة في الثوب فليس باصل الخلقة بل جاورته بعد ان لم تكن متصلة بالثوب فلا يتغير حكم اصل الثوب من حيث الانتفاع به وجواز بيعه كذا في الجامع الصغير شمس الائمة السرخسي ر ح *

قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد ر ح لانه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه منتفع به حقيقة فكان منتفعاً به شرعاً اعتباراً بسائر السباع هذا هو الاصل الا اذا قام الدليل بخلافه **قوله** حتى يباع عظمه هذا اذا لم يكن على عظم الفيل واشباهه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه **قوله** فباع صاحب العلو علوه اي حق التعلي والمال هو المحل للبيع فان محيل البيع هو مال او حق يتعلق بالعين وحق التعلي يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحرازه **قوله** لانه حظ من الماء والماء عين مال فكان بيع الشرب بمنزلة بيع العين فانه قبل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين ينبغي ان لا يجوز البيع اذا كان الماء معدوماً في الارض قلنا انما يجوز للضرورة وبفرضية وجوده كاسلم والاستصناع (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب *
قال ربيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقة الطريق
والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان
له طولاً وعرضاً معلوماً واما المسيل فمجهول لا ندل يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي
بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما يبينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم
لنقله بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلّي وعلى الارض مجهول
لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلّي على احدى الروايتين ان حق التعلّي يتعلق
بعين لا يفتقر وهو البناء فاشبهه بالمنافع اما حق المرور فيتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبهه بالاعيان *
قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشاً فاذا
هو نعجة حيث ينقذ البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه
في النكاح محمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا

قوله ولهذا يضمن بالاتلاف بان يسقي ارضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادعى
رجل شراء ارض بشرها بالفي فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما
لاختلافهما في ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل
بالشرب فصار كما خلتا فهما في مقدار ثمن الارض وانما لم يجزيه مقصوداً في رواية وهو اختيار
مشائخ بخار الجهالة وبيع المسيل لا يخلو عن خمسة اوجه اما ان يريد به بيع رقة المسيل وهي
النهر فهو جائز او يريد به رقة الارض لتسييل الماء فهو على وجهين ان بين حدوده وموضعه
فهو جائز ايضا وان لم يبين لا يجوز واما ان يريد به حق التسييل فهو لا يخلو اما ان كان على السطح
وهو غير جائز لمعينين احدهما انه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعلّي والثاني بمنزلة الجهالة
لان التسييل مجهول مختلف لقلّة الماء وكثرته وفي الارض واند لا يجوز للجهالة **قوله** فاذا هو غلام
ذكر الضمير بتذكير الخبر **قوله** والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه وهو متفق عليه (في)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خبز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوزاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما *

في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رح في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلاتنا فهم على ذلك الاصل لم يقع الخلاف هنا في مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام *

قوله ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى وفي الجامع الصغير للتمرتاشي اشار في البيع ومسمى فان كان المشار اليه خلاف المسمى جنسا يتعلق العقد بالمسمى اذ الم يعلم المشتري ان المشار اليه خلاف جنس المسمى فان علم يتعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعثك هذه الجارية واسار الى العبد يتعلق العقد بالعبد وكذا لو قال اشتراني جارية بهذه الدراهم واسار الى البدانير تعلق التوكيل بالبدانير وذكر فخر الاسلام رح انما يتعلق بالمشار اليه في متقي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هناك ممكن بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعث هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز وكان البيع صحيحا وكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان بخلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى لان العتدي يتنى على المسمى وهو المقصود والبناء على المتصور واجب ويتخير لفوات الوصف وذكر في الفوائد الظهيرية وثبت الخيار اذا كان الموجود انقص هكذا ذكرهنا وهكذا ايضا ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المحيطان للمشتري الخيار من غير تقييد بكونه انقص وهو الصحيح لفوات المقصود المدلول عليه بالاستراط **قوله** جنسان للتفاوت في الاغراض فالمتبغى من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاماء الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكس : والاستفراش والاستيلاد **قوله** للتقارب فيها فالمتبغى من الكل اللحم والركوب والحمل (الو)

(كتاب البيوع باب البيع الناسد)

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة ونسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمس مائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بدثن الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة

الوزاري بفتح الواو وكسرهما والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارا كذا في المغرب *

قوله او بالعرض يعني اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض اقل من الالف فانه جائز بالاتفاق ولو باعها بالدرهم ثم اشتراها بالدينار وقيمة الدينار اقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لفرورح ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وهوان امرأة دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها قالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية الى العطاء بثمان مائة درهم ثم بعتهامنه بستمائة فقالت عائشة بئس ما شريت وبئسما اشتريت ابلي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب عن هذا فاقاها زيد بن ارقم معذرا فقلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يفتدي اليه العقل اذ شيء من المعاصي دون الكفر لا يبطل شيئا من الطاعات الا ان يثبت شيء من ذلك بالوحي فدل على انها قالته سماها واعتذار زيد اليها دليل على ذلك لان في المجتهديات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الي صاحبه فيها ولا يقال انما الحققت الوعيد به للاجل الى العطاء لاننا نقول ان مذهب عائشة رض جواز البيع الى العطاء ولانها قد كرهت العقد الثاني بقولها بئسما شريت وليس فيه هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وان كان جائزا عندنا لانه صار ذريعة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما يقول لصاحبه بئس البيع الذي (او)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

بثما شريت واشريت ابليغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووفعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة *

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقذه الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها من البائع فيكون مشترى بالآخرى بائنا ما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها

او تعك في هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل انها ذمت البيع الاول لفساده بجهالة الاجل وانهار جعت عن تجويز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذا القبض لم يذكر في الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربوا حتى تلت عليه آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض الربوا *

قوله بثما شريت اي بعته لان الشراء يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة اي باعوه ثم انما ذمت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء الوعيد ايضا في تفريق الولد عن الوالد المبيع ومع ذلك لو فعله فالبيع جائز لا فاسد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا ايضا فلما امكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع وكرة ذلك نسبة الى التفريق وما ههنا لما كان الوعيد شبهة الربوا والربوا مخصوص بالمبيع فوجب الفساد ولان في هذا لما كان شبهة الربوا وجب الفساد لان شبهة الربوا ملتزمة بحقيقة الربوا فوجب الفساد كحقيقته

قوله ولان الثمن لم يدخل في ضمانه لان الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا اعد اليه عين المبيع بالصفة التي خرج من ملكه وتقابل خمسمائة بخمسمائة فصا سلم للبائع خمسمائة مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح مالم يضمن لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

والثمن الاول لم يدخل في ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح ثم حصل
للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باعه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة *
قوله ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها اي في المشتراة لكونه مجتهدا فيه لما ان شراء ما باع باقل
مما باع قبل نقد الثمن جائز عند فساد ما ضعف الفساد فيها لم يتعد الى المضمومة اليها كما لو باع عبدا
ومد براحيث يصح البيع في العبد اضعف فساد البيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز فان قيل
ليس انه اذا اسلم برافي شعير وزبيب يفسد في الكل عند ابي حنيفة ر ح وكذا اذا اسلم قوهية في قوهية
ومروية ثم ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي بجوز
عند الشافعي ر ح وكذلك يجوز عنده اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى فساد ذلك
الى المقرن به وهو اسلام القوهي في المروي والبر في الزبيب فلناذا ليس بطريق تعدى الفساد
كما زعم البعض بل باعتبار ان اعلام رأس المال شرط عنده والمسلم فيه مختلف فكان فساد السلم
في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال والشيخ الامام شمس الائمة
السرخسي ر ح استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال بعد ذكر اسلام القوهية في القوهية والمروية
وبهذا تبين ان الطريق ما قلنا في تعليل قول ابي حنيفة ر ح في مسئلة اسلام الحنطة في الشعير والزبيب
بان العلة المفسدة للعقد وجدت في الكل اما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزبيب فقد جعل
قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزبيب لان من جمع بين الشئين في العقد الواحد
فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا التعليل العقد في احدهما دون الآخر
لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع الثمن والمدبر لان العقد في المدبر
ليس بناسد ولهذا الواجب القاضي بيعه جار دون ما قاله بعض مشائخنا لا يحنيفة ر ح ان الفساد اذا كان
قويا مجمعا عليه تمكن في البعض تعدى الى ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع
عليه وسوى في الفصلين اي فصل اسلام الحنطة وفصل اسلام القوهية في ما ذكرنا (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

اولانه باعتبار شبهة الربوا اولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري الي غيرها *
قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد
 ولو اشترى على ان يطرح عنه بوزن الطرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الطرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
 وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اخلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول
 قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اخلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف
 في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة *

قوله اولانه باعتبار شبهة الربوا من حيث انه يعود اليه كل راس ماله مع زيادة ليس بازائها
 ضمان وعوض وشبهة الربوا كحقيقته فلوا اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت
 الى المشتراة لكانا قد اعتبرنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز **قوله** اولانه طارئ وله وجهان احدهما
 انه ما شرط في العقد ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجارتين
 وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما فيصير البعض
 بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فمح يفسد البيع فيما باع وهذا فاسد طارئ فلا يتعدى
 الى الاخرى والاخر المقاصة وذلك ان بائع الجارية اولما باعها بخمسمائة ثم اشتراها
 واخرى معها بخمسمائة تقاص الثمنان وبقي بعض الثمن فضلا من غير ان يقابله عوض
 والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند وقوع المقاصة
 فيكون الفساد طارئا **قوله** لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد لان مقتضى العقد ان
 يطرح عنه وزن الطرف ما يوجد وعسى وزنه اقل من خمسين او اكثر فكان شرطا
 مخالفا لمقتضى العقد اولانه يؤدي الى جهالة المبيع او يوجب ان يبقى له بعض الزيت
 بغير الثمن وان يؤدي ثمنه ما لا يصل اليه من الزيت **قوله** ضمينا كان كالمغاصب او امينا
 كالمودع **قوله** فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن والقول للمشتري لانه ينكر الزيادة (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال وإذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عندنا بضعيفة روح وقال لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكل المحرم غيره ببيع صيده لهما أن الموكل لا يلبه فغيره لا يوليه ولأن ما ثبت للموكل ينتقل إلى الموكل فصارك أنه بأشبه بنفسه فلا يجزيه

ولا يتحالفان وإن اختلفا في الثمن لأن اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الزرق والاختلاف في الزرق لا يوجب التحالف لأنه ليس بمعقود به ولا معقود عليه وكذا لا اختلاف فيما ثبت تبعا لأن حكم التبعية لا يخالف حكم الأصل *

قوله أن الموكل لا يلبه فغيره لا يوليه كالمسلم يوكل مجوسيا بأن يزوجه مجوسية حيث لا يصح بالاتفاق وأبو حنيفة روح يقول الوكيل إنما يملك التصرف لكونه حرا قلا باغا وهذا يستغني عن الاتفاق إلى الموكل ويرجع الحق إلى الحاجة إلى الموكل لانتقال حكم التصرف إليه والموكل أهل لا تنتقل ملك الخمر إليه أرثا وصورة الارث بأن أسلم النصراني ولهُ خنازير وخمور ومات قبل تسيب الخنازير وتخليل الخمر وله وارث مسلم بملكها فإن قبل الوراثة ليست نظير مسئلتنا لأن الوراثة امر جبري والتوكيل امر اختياري والامر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري فلما ثبتت الملك للموكل بعد تحقق الوكالة امر جبري أيضا حيث ثبت الملك له بدون اختياره كما في الموت والاتفاق أن المأذون له إذا كان نصرانيا اشترى خمر أو مولاه مسلم ثبت الملك له فيها فيجب أن يكون هناك ذلك فإن قيل ثبت بين الوكيل والموكل أحكام المبايعة حتى أن التحالف يجري بينهما عند التجار حد وثبت احتباس المبيع وثبت الرد بالعيب هذه أحكام المبايعة تثبت بسبب الوكالة فينبغي أن يمنع عن التوكيل الذي ثبتت هذه الأحكام لأن المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع أيضا عما هو شبهه بالشراء بمباشرة حكمه لا ترى أنه يمنع من قبض الخمر حكما للشراء الموجود منه حال كفره فلما هذه الأحكام تثبت مضافا إلى الشراء لا إلى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لأحكام الوكالة بخلاف القبض لأنه يثبت بفعله واختياره وقد منع من حقيقة (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولأبي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الأمر امر حكمي فلا يمنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمر اخللها وان كان خنزير ايسيه *

قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امته على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا

البيع باختياره فكذلك يمنع عما ثبت به شبهة الشري باختياره وهو القبض وقولهما ان الموكل لا يليه تغير لا يوليه منقوض بمسائل منها ان الوكيل بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن وله ان يوكل غيره بذلك ومنها ان الذمي اذا اوصى الى مسلم وقد ترك خمر او خنزير فان الوصي يوكل ذميا ببيعه وقسمته وان كان لا يملك هو بنفسه ومنها ان المريض في مرض الموت اذا باع بما يتعابن الناس في مثله وعليه ديون مستغرقة لما له لا يجوز ومن وصيه بعد موته يجوز ومنى جازع عند ابي حنيفة رح ان كان خمر اخللها وان كان ثمن خمر تصدق به لانه عوض الخمر فتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم شرابها حرم بيعها واكل ثمنها *

قوله ان العاقد هو الوكيل باهليته الاصل ان الوكيل عند ابي حنيفة رح اصل في حق نفس التصرف ونائب عن الموكل في حكم التصرف فيعتبر اهليته لنفس التصرف واهلية الموكل لحكم التصرف وعندهما نائب عن الموكل في حق نفس التصرف فيعتبر اهلية الموكل لنفس التصرف **قوله** ثم جملة المذهب فيه اي الاصل الكلي الشامل افروع اصحابنا ان يقال كل شرط يقتضيه العقد اي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع او شرط تسليم الثمن او تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه ثبت بمطلق العقد فلا يفيد الشرط الا تأكيد وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد الا انه يلازم البيع اي يوكده موجبه كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او قتيلا وهو معلوم بالاشارة (او)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

اولا انه يقع بسببه المنازعة فيعبر عن العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربو ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخير لا الالتزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق

او التسميت لا يفسد العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة وتاكيد الجانب الاستيفاء واستيناء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يلايم العقد فلا يفسد فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكنيل تنضي الى النزاع فالماشتري يعطيه رهنا او كنيل او البائع يطالبه بآخر وكل شرط لا يلايم العقد الا ان الشرع ورد بجواز كالخيار والاجل ولم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كسواء النعل على ان يحدوها او بشرائها لا يفسده ايضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل ان يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط ان لا يبيعه المشتري فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وان لم يكن من اهل الاستحقاق بان اشترى فرسا بشرط ان يعلفه كذا منا من الشعير او لم يكن فيه منفعة لاحد كسواء دابة او ثوب بشرط ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف رح انه يفسد به البيع *

قوله اولاً انه تقع بسببه المنازعة لانه متى كان منتعابا كان مرغوباً فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع ومتى لم يكن مرغوباً فيه لم يكن زيادة تقدير او لم يكن له طالب فلا يؤدي الى الربو والنزاع فان قيل لما شرط المشتري والبائع شرطاً في العقد فاعطاه به يجري على وجهه فلا يؤدي الشرط حينئذ الى المنازعة قلنا يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط فبعد ذلك لا يجري الشرط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وبقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان بشرط فيه فلوا اعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عندا يحنيفة رح وقال لا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولا يحنيفه رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا اتلف من وجه آخر لم تحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا *

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي ع م عن صفقتين في صفقة

قوله وبقيسه على بيع العبد نسمة والنسمة النفس من نسَم البريح ثم سميت بها النفس ومنها اعتق النسمة والله تعالى باري النسم واما قوله ولو اوصى بان يباع عبدة نسمة صححت الوصية فالمراد ان يباع للعتق اي لمن يريد ان يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معوضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق وخصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانه اسم لما هو يعرض للعتق فهو ملت بمعاملة الاسماء المتضمنة لمعاني الافعال كذا في المغرب **قوله** لان بشرط فيه نفى لما قاله الشافعي رح ان تفسيره البيع بشرط العتق **قوله** فالحجة عليه ما ذكرناه اي من الحديث والمقول وهو انه يفضي الى الربو والنزاع **قوله** فلا ينقلب جائزا اي بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تجديده تقرير للفساد لا رفعاً للفساد كسائر الشروط المفسدة كما في البيع الى النيروز والمهرجان **قوله** من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه (من)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال ومن باع عبدا على ان لا يسلّمه الى راس الشهر فالباع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالذيون دون الاعيان *

قال ومن اشترى جارية الاحملها فالباع فاسد والاصل ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لا اتصاله به خلقه وبيع الاصل يتناولها والاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط السادسة

من ان قضية العقد الاطلاق والتخير في جميع التصرفات لا الالتزام حتما ولكن يلايمه بحكمه لان العتق ينهي الملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه بتقرر ومقرر الشيء صحيح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعليه بيع به رجوع بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا اعتقه تحققت الملازمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فترجع جانب الجواز فكان الحال قيل ذاك موقوفا بين ان يبقى فاسدا كما كان او ينقلب الى الجواز بالاعتاق *

قوله لان الاجل في المبيع العين قيد بالعين احتراز عن المسلم فيه لان الاجل شرع ترفيها لينسكن المشتري من التخصيل في مدة الاجل اما العين فحاصل فلا حاجة الى ذكر الاجل للترفيه فاذا شرط فيه يكون شرطا فاسدا والبيع يفسد بالشرط الفاسد **قوله** والاصل ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على انه بمنزلة طرف من اطراف الحيوان واستثناء اطراف لا يصح لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصد الاتباع والاطراف بمنزلة الاوصاف يكون دخولها تبعا فاذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا لانه خلاف موجب العقد **قوله** فلا استثناء يكون على خلاف الموجب أي موجب العقد لان العقد يتناولها وعلى خلاف موجب الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما يدخل مقصودا في صدر الكلام وهذا دخل الحمل تبعا لا مقصودا والكتابة والهبة والاجارة والرهن (بمنزلة)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخطه قميصا اوقباة فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة

بمنزلة البيع بان يقول كاتبك الاحمك او وهبتك الاحمك او رهنك الاحمك *
قوله غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد اي ما يقوم به العقد كما اذا كاتب المسلم عبده على خمرا وخنزير او قيمته واما لو شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين. في الحالين وفي شرح الطحاوي الاستثناء لما في البطن على ثلث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع والاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فتصح ويبطل الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتراف افاضائه الى الربوا فيتحقق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات وتدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء جائز والعقد جائز وهو ما اذا اوصى بجارية لانسان واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية اخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف مالواوصى بجارية لانسان واستثنى خدمتها او غلتها حيث تبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الارث الا ترى ان الموصى له بالخدمة والغلة لومات (بعد)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

على مامر* ومن اشترى نعلًا على ان يخذوه البائع او يشركه فالباع فاسد قال رضي ماذكرة جواب القبل

بعد صحة الوصية تعود الى ملك الموصي ولا يصير موروثا عن الموصي له وكذا الواوصى برقبته الانسان ويخذ منها لا خرومات الموصي له بالخدمة عادت الخدمة الى مالك الرقبة دون ورثة الموصي له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثا من الموصي له فان قيل لما كان الاصل ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه لزم من هذا ان ما يصح افرادة بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افرادة بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجب ان يصح استثناءه قلنا يمنع اول الزوم ذلك العكس الا ترى انه ذكر في الاجارات وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لم يلزم من هذا ان كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة بل يصلح اجرة وان لم يصلح ثمنا كالاعيان التي لا تجب في الذمة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح اجرة ثم لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه اخدها ان الاستثناء تصرف في اللفظ يصح الاستثناء فيبادخل في المستثنى منه وانظر الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناءه والثاني ان الوصية ليست بعقد الا ترى انه يصح قبول الموصي له بعد موت الموصي فلا يتناولها ما ذكر من لفظ العقد مطلقا ولذلك يدخل الموصي به في ملك ورثة الموصي له بدون القبول بان مات الموصي له قبل القبول فلا يكون عقدا والثالث اننا قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم ان ترد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري في الخدمة لان الارث يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح*

قوله على مامر وهو قوله ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن الى آخره **قوله** ومن اشترى نعلًا على ان يخذوها اراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه هذا النعل بالمثال قطعها به وحذا نعلًا عملها شركة النعل من التشريك ووضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبيغ الثوب وللتعامل جوازنا الاستصناع * والبيع الى النبروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المزاغة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه *

قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتاخروا ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها

قوله ووجهه ما بينا وهو قوله لانه شرط لا يقضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين الى آخره وجه الاستحسان ان فيه عرفا ظاهرا وفي النزوع عن العادة حرج بين فصار كصبيغ الثوب لان القياس ان لا يجوز لان الاجارة بيع المنافع والصبيغ عين وجوزناها للتعامل وكلا استصناع فان بيع المعدوم لا يجوز وانما يجوزناه للتعامل **قوله** والبيع الى النبروزاي بتأجيل الثمن الى النبروز والمهرجان تعريب مهر كان وهو اسم للخريف **قوله** لجهالة الاجل لان النبروز مختلف بين نبروز السلطان ونبروز الدهاقين ونبروز المجوس **قوله** لابتنائها على المماكسة اي لابتناء البيوع المكس في البيع استنقاص الثمن من باب ضرب والمماكسة والمكاس في معناه والمكس ايضا الخيانة وهو فعل المكاس العشار ومن لا يدخل صاحب المكس في الجنة **قوله** لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما كذا ذكره التمر تاشي رح **قوله** الى قدوم الحاج اي الى وقت قدوم الحاج **قوله** لانها تتقدم وتاخروا لانها من افعال العباد فيثبت بحسب ما يبدولهم والاحال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس **قوله** وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي يمكن تداركها وازالتها لاختلاف الصحابة فيها فان عائشة رضيها كانت تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس رضي (لا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولأنه معلوم الاصل الاترى انها تحتل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان
فقى الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتلها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع
مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة
فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد *

ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد
والدياس وقيل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر ررح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا يثقلب جائزا

لا يجيز ذلك واختلاف الصحابة رضي الله عنهم دليل على ان الجهالة يسيرة اذا خلافا
لاحد في فساد البيع عند تفاشس الجهالة كالبيع الى هبوب الريح ومجيئ المطر *
قوله ولأنه معلوم الاصل يحتل وجهين أحدهما ان المكفول به وهو اصل الدين معلوم
وانما المجهول وصفه وهو الاجل والوصف تابع الاصل ثم الجهالة اذا كانت في اصل الدين
متحملة في الكفالة بان تكفل بما ذاب له على فلان فقى الوصف اولى والجهالة لا تتحمل
في ثمن المبيع فكذا في وصفه اذ الوصف لا يخالف الاصل والثاني وهو الوجه ان اصل
هذه الاشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وانما المجهول وصف التقدم والتأخر فكانت الجهالة
يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح او مجيئ المطر لا يصح لان اصله غير معلوم في تلك السنة
قوله فكذا في وصفه لان الوصف لا يخالف الاصل فان قيل الوصف ادنى من الاصل
فلا يلزم ان يكون مثل الاصل في كونه مفسدا فلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما
ولا منازعة في الكفالة لانه تبرع ابتداء فتبني على المسامحة **قوله** ولو باع الى هذه الآجال
انما قيد بقوله الى هذه الآجال احتراز عن البيع الى هبوب الريح او مجيئ المطر ثم تراضيا على
اسقاط تلك الآجال وفي المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وامطار السماء
لان ذلك ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا لوجود هبوب الريح وامطار السماء
قد يتصل بكلامه فعرنا انه ليس باجل بل هو شرط فاسد ولا جله فسد العقد (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر هذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم استطاع الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه *

قال ومن جمع بين حرو عبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عندنا بـ **يحيى** رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومذبر وبين عبدة وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقيل زفر رحمه الله فسد فيهما ومزوك التسمية عامدا كالميتة والمكاتبه وام الولد كالمذبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتقية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كلوا حد منهما لانه مجهول

قوله فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل اي على اصلكم واما على قول زفر رحمه الله فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح **قوله** بطل البيع فيهما سمي لكل واحد منهما ثمنا ولم يسم عندنا بـ **يحيى** رحمه الله وفي المبسوط بلفظ الفساد فيهما حيث قال فاذا احدهما حر والبيع فاسد فيهما ولا شك في ان البيع باطل في الحر اما في القن فما ذكر في اصوله النكح لشمس الاثمة رحمه الله يدل على ان العقد في القن فاسد لا باطل حيث قال ابو يحيى رحمه الله فيما اذا باع حرا وعبد او سمي ثمن كل واحد منهما لم ينقذ العقد صحيحا ولم يقل لم ينقذ العقد في العبد اطلاقا **قوله** عقد غير عقد النكاح لان النكاح عقد مندوب اليه والمصلحة منهية فلا يكون عقدا لنكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر **قوله** فسد فيهما اي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمذبر والجمع بين عبدة وعبد غيره **قوله** ومزوك التسمية عامدا كالميتة فان قيل ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه كما لمذبر فان الشافعي رحمه الله فائل بجمله فلنا حرمة منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء ومن جمع بين وقف وملك صح في الملك في الاصح (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد خلوا تحت العقد اقيام المالية ولهذا ينقضي عبد الغير باجزائه وفي المكاتب برضاة في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي

قوله ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين بانه ان من جمع بين شيئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً للعقد على الآخر ولهذا لا يملك المشتري القبول في احدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع اصلا لانهما ليسا بمال فيكون جاعلا لقبول العقد فيما لا يقبل العقد اصلا شرطاً للعقد على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فانه لا يبطل **قوله** والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد فان قيل اذا بين من كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فمح لا يكون القبول في الحر شرطاً في العبد قلنا اذا لم يكرر الايجاب تكون الصفقة متحدة وان سمي لكل واحد من المبيع ثمتا وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطاً لصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطاً لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الربوا فلا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق القن فلا يفسد قلنا ذلك غير مسلم في كل شرط بل وجود شرط هو مخالف لمقتضى العقد كاف في افساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر ايضا وذلك لان قبول الحر قبول لبدله وبدل الحر مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله مقابلا بمال فكان بدله خاليا عن العوض فكان ربوا وذلك لانه اذا باعهما بالنسيئة صار كان البائع قال بعث هذا العبد بخمسائة على ان تسلم الي خمسائة اخرى وهو عين الربوا باعتبار انه فضل خالي من العوض في البيع وقالنا ما يشترط قبول العقد في احدهما بقبول العقد في الآخر اذا صح الاجاب (فيهما)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبد بن وهلك احد هما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقا للضرر بالبائع في قبول العقد في احد هما دون الآخر وذلك لعدم اذالم يصح الايجاب في احدهما وصار هذا كما اذا اشترى عبد او مكاتب او مدبرا فالبيع يفسد في المدبر او المكاتب ويبقى العقد صحيحا في العبد كذا ههنا وابي حنيفة رح يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر وقولهما ان هذا عند صحة الايجاب فيهما قلنا عند صحة الايجاب فيهما يكون هذا اشروطا صحيحا ونحن انما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الانتخاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلاهما لا باعتبار وجود المحلية فيهما وذكر الكرخي رجوع ابي يوسف رح في فصل من هذا الجنس الى قول ابي حنيفة رح وهي مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بشئ مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح *

قوله وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا بناء على ان جواز بيع ام الولد يختلف بين الصحابة رضي الله عنهم جواز علي كرم الله وجهه بيع ام الولد والباقون رضى لم يجوزوا ثم اجمع المتأخرون على عدم جواز بيع ام الولد والاجماع المتأخرون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد رح وعندهما لا يكون رافعا فهذا يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما **قوله** الا ان المالك هذا استثناء عن قوله وقد دخلوا تحت العقد **قوله** فكان هذا اشارة الى البقاء اي فكان قوله ردوا البيع اشارة الى انعقاد البيع وبقائه حتى يحتاجوا الى الرد وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع لدخولهم تحت العقد ولا يباع بالحصصة ابتداء لان انعقاد العقد وبقائه فيهم والله اعلم (فصل)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل في احكامه):

* فصل في احكامه *

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدرهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال

* فصل في احكامه *

قوله واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وفائدة هذه التقييد ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع الفاسد لان الاصل ان يعتد البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه غير ان في القيمة ضرب جهالة لا اختلاف المتومين فاقيم المسد في مقامها صيانة للمبيع عن الفساد واذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدل عن القيمة الى المسمى فيصير الى الاصل **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور لكونه منها عنه فلا ينال به نعمة الملك لا اشتراط الملازمة بين الموهن والاثروا الملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب **قوله** ولان النهي نسخ للمشروعية اي على اصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشروعية تقتضي كونه حسنا وكونه منها عند يقتضي كونه قبيحا وبينهما تضاد **قوله** ولهذا لا يفيد قبل القبض يعني ان البيع على ما شرعه الله سبحانه موجب للملك بنفسه لا بالقبض فاذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق مانع لقيام العلة بلا حكم فلما بقي المانع مع القبض كان المانع قائما بخلاف الهبة فانها لا توجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم العمل لتقصان في العلة لا مانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة ولا عقد (قوله)

:(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه):

وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال
نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض
كيلا يؤدي الي تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى

قوله وفيه الكلام اى الخلاف فيما اذا كان مباد لنا المال بالمال اما اذا لم يكن العوضان
اواحدهما مالا فالبيع باطل اجبا لعدم ركنه ولا نزاع فيه **قوله** والنهي يقرر المشروعية عندنا
لاقتضائه التصور لانه يقتضي تصور المنهي عندنا ذى النهي عما لا يتصور لغولان النهي يراد به
عدم الفعل مضافا الى اختيار العبد فيعتمد تصوره ليكون العبد مبتلى بين ان يكف عنه باختياره
فيثاب عليه وبين ان يفعله باختياره فيعاقب عليه وتصور المشروع بشرعيته فكان النهي لمعنى
في غير المنهي عنه فيصير مشروعاً باصلاً غير مشروع بوصفه فيصير فاسداً فثبت ان نعمة الملك
ما ينطت بالمحظور بل بالمشروع **قوله** وانما المحظور ما يجاوره فان قيل هذا من قبيل
ما يتصل به المعنى وصفاً لمن قبيل ما يجاوره المعنى جمعاً كما عرف في اصول الفقهاء قلنا اراد
بالمجاورة ان الفساد ليس لمعنى في عين المفهمي عنه بل لمعنى في غير المنهي عنه وهو الشرط
الزائد مثلاً **قوله** كالبيع وقت النداء فان النهي ثمه ورد لمعنى في غير المنهي عنه
وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع والاشتغال عن السعي غير البيع فان قيل ذلك البيع
مكروه وهذا فاسد فما وجه الالتحاق قلنا هما يتحدان في ان النهي فيهما غير راجع الى
غير المنهي عنه ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفاً لحكم المجاور جمعاً فيصح قياس
احدهما على الآخر لا شتر اكهما في امر هو مقصود المصنف وايضا ان غرض المصريح بيان
ان حكم المنهي عنه ليس هو البطلان كما هو كذلك عند الخصم ثم الكراهة مع الفساد
يتشاركان من حيث ان حكم كل واحد منهما ليس بباطل ويفترقان من حيث
ان ذلك الغير هنا متصل به وصفاً فاثري الفساد وثمره مجاور فاثري الكراهة اظهاراً للقصور
قوله كيلا يؤدي الي تقرير الفساد المجاور وذلك لاننا لو ثبتنا الملك قبل القبض لكنا (مبتئين)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل في أحكامه):

ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افاة الحكم
بسنلة الهبة والهبة ليست بمال فانه م الركن ولو كان الخمر مشمنا فقد خرجناه وشي
آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنالا مشمنا

مشتين ذلك بالبيع الفاسد لانه لا موجب للملك هناك سواء والبيع مشروع بشرع الله تعالى
فكان الفساد مضافا الى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ولا يجوز ذلك اما لو قلنا بثبوت
ملك بعد القبض كان القبض مثبتا للملك لوجوب الضمان على القابض كما في القبض
على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافا الى العباد وذلك ليس بيعا ولا نه لو ثبت الملك
قبل القبض ثبت بلا عوض اذا لمسمى لا يجب للفساد و ضمان القيمة لا يجب الا بالقبض
ولان القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض رفع الفساد المتصل به فلان
لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة او لى لان هذا اسهل وابعده
عن العبث اذا لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث *

قوله ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقيح يعني ان سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط
الفاسد به والشيء اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يوكده كما
في الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب في نفسه للمانع آخر **قوله** فقد خرجناه
وهو ما ذكر في اول الباب ان المبيع هو المقصود في البيع وفي جعل الخمر مبيعا مقصودا
اعزازه والشرع امر باهائه وترك اعزازه فكان بيع الخمر باطلا **قوله** وشي آخر
يعني دليل آخر على بطلان بيع الخمر وهو ان الواجب في بيع الخمر هو القيمة
وهذا لان الخمر اذا جعل مبيعا فلو انعقد هذا البيع انما ينعقد لوجوب القيمة ضرورة
عجز المسلم عن تملك الخمر وتملكه كالنصراني اذا تزوج نصرانية على خمر
ثم اسلم نجب التيمة والقيمة الواجبة في الذمة لا تصلح مبيعا لان القيمة هي الدراهم
والدنانير اذ بهما تقوم السلع وهما ثمان فلا يصير ان مشمين (**قوله**)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل في احكامه) .

ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحروالريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشا به العصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى *

قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اراد به قوله بامر البائع فعلم بهذا ان المراد من الامر الاذن **قوله** وهو الظاهر اي شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية الا انه يكتفى به اي بالاذن دلالة **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه هي الرواية المشهورة ثم قال وذكر في الزيادات انه اذا قبضه بحضرة ولم ينهه فانه يثبت الملك ولم يجب خلافا لان العقد تسليط على القبض فاذا قبضه بمحضرة ولم يمنع يثبت الملك ووجه المشهور من الرواية ان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض وهذا بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه **قوله** والبيع مع نفي الثمن اي في رواية لانه اذا نفي الثمن فقد نفي الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفي رواية يعتقد لان نفيه لم يصح لانه نفي بحكم العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عن ذكر الثمن يعتقد البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضي المعاوضة فاذا سكت كان غرضه قيمته **قوله** نه باع بقيمته

{ كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه }

قال ولكواحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد لانه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط **قال** فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيما كان التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع

قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه يريد به ان لكل واحد منهما ولاية الفسخ لان يريد ان الفسخ حق لكل واحد منهما لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لان اعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه ولكنه يوقف على حضرة الآخر لانه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه **قوله** وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وثيام العقد بالعوضين فكل فساد تمكن في احد العوضين يكون فساداً في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمراً وخنزير لقوة الفساد فيجب اعدامه حقاً للشرع فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد وفي الايضاح هذا قول محمد رحمه الله لان منقعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان الفسخ منه صحيحاً فاما اذا فسخ الآخر فقد ابطال حقه لانه كان قادراً على تصحيح العقد بحذف الشرط وهما يقولان بان الفسخ مستحق شرعاً فانتهى اللزوم عن العقد ومن له الشرط وان كان قادراً على التصحيح بالحذف لكن الكلام قبل الحذف **قوله** وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني فان قيل كان ينبغي ان ينقطع حق الاسترداد البائع من وارث المشتري شراء فاسداً لتعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له قلنا انما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لومات (١)

﴿ كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه ﴾

وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشرعية وما حصل بتسليط من الشفيع *

قال ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه واعتقه أو باعه أو وهبه وسلبه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالتبض فينقذ تصرفاته وبالاتفاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انتقاع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان

البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد واما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني لان له ملكا متجدداً للثبوت بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب *

قوله وحق العبد مقدم لحاجته فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم احرّم يجب عليه ارساله وفيه تدبير لحق الله تعالى على حق العبد فلنا الواجب الجمع بين الحقيين وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وههنا يمكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه **قوله** بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة وجه الورود انه لما قال سقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه ان تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة وغيرها صحيحة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات فاجاب ان كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين يرجح حق الشفيع لمغنيين أحدهما ان حق الشفيع مقدم بالترجيح الاسبق والثاني ان هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في نقضها سعيًا في نقض ماتم من جهته بخلاف المبيع بيعا فاسدا فان تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه اذ لو جاز يلزم الاسترداد في نقض ماتم من جهته وفي الذخيرة (لان)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

الا انه يعود حق الاسترداد بعجز الم كاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف
الاجارة لانها تنسخ بالا عذار و دفع الفساد عذرو لانها تنعقد شبهة فشيئا فيكون الرد امتناعا
قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به

لان التسليط انما يثبت بالاذن نصا او باثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع
فان قيل في نقض البيع الاول ايضا سعي في نقض ما تم من جهته فلنا ذاك باعتبار رفع الفساد
لا باعتبار نقض ما تم من جهته فلما باع المشتري شراء فاسدا جعل ذلك العين غير ذلك العين
لان تبدل الاسباب ينزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو بقي له
حق الاسترداد يكون منه السعي في نقض ما تم من جهته خالصا لما ان البيع الثاني صحيح
ولافساد فيه حتى يحال تمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول *

قوله الا انه يعود حق الاسترداد بعجز الم كاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا
انما يكون ان لو كان عجز الم كاتب وفك الرهن قبل قضاء القاضي بالقيمة وكذا الورج
في الهبة بقضاء القاضي او بدونه اورد عليه بالغيب في البيع قبل ان يقضي القاضي عليه
بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع وان كان بعد قضاء القاضي فقد يحول الحق الى القيمة
فلا يعود الى العين بعد ذلك كما لو ابق المصوب فقضى القاضي بالقيمة ثم عاد كذا
في المبسوط **قوله** وهذا بخلاف الاجارة لانها تنسخ بالا عذار ولم يذكر محمد رحمه الله
من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان القاضي هو الذي يفسخ والتزويج يشبه الاجارة لو رودة
على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة ايضا فتعلق حق الزوج
بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في الذخيرة والايضاح
قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن وذكر الامام الترمذ في
ان اذا اشترى عبد ابيعا فاسدا او استأجره اجارة فاسدة ونقذ الثمن والاجرة او ارتهن
رهنا فاسدا او اقترضه قرضا فاسدا واخذ به رهنا فله ان يحبس ما اشترى وما استأجره (و)

{ كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه }

فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم انك انت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا **قال** ومن باع دارا بفاسد افناها المشتري فعليه قيمتها عند البيع خفيّة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال لا ينتص البناء ويرادوا والغرس على هذا الاختلاف لهما ان

وما ارتهن حتى يقبض مانقدا اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفا سخالان هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البديلين فان مات البائع او المأجرا والراهن او المستقرض فالذي في يده العبد والرهن احق بثمنه من غرماء المبت بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين او الوديعة من المحتال عليه حيث لا يختص المحتال له بدين الحوالة والوديعة فان قيل دين المحيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق المحتال له فيجب ان يكون المحتال له اخض به كما في الرهن قلنا مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص كما دون اذا لحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص *

قوله فيصير محبوسا به اي بالثمن كالرهن يصير محبوسا بالدين الا ان الرهن مضمون باقل من قيمته ومن الدين وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب **قوله** وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص رح قال الامام التمر تاشي رح ذكر بكر رح فان كان المنقود قائما هل يتعين على رواية ابي حفص رح لا وعلى رواية ابي سلمان رح يتعين وعلى هذا يجب ان يكون المقبوض بغرض فاسد وكذا لو باع دراهم بدرهم الى اجل فهو فاسد وهل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين وذكر البرعي رح في الجامع الدراهم في البيع الفاسد انما تتعين اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تتعين **قوله** لانه بمنزلة المغصوب اي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب **قوله** لما بينا اشارة الى انه بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذا لك

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يطل بالبناء فاقواهما ولي ^{وله} ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يطل بهمة المشتري وبيعه فكذا ببناءه وشك يعقوب في حفظ الرواية من ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبناه على انتطاع حق البائع بالبناء وثبوتها على الاختلاف *

قوله حق الشفيع اضعف فهذا يحتاج الى الرضاء او القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع اولى ولا يخفى رح ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام اذا البناء ليس بالنقض والغرس ليس للقطع والمشتري يتضرر بنقض البناء والغرس ضررا بلا جائز والبائع يتضرر مع جائز مع انه حصل بتسليطه فكان رعاية حق المشتري اولى فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشتري بيعا صحيحا بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع فان قيل اذا نقض البناء والغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب ان يعود حق البائع في الاسترداد لزال المانع كما اذا باعه المشتري بيعا صحيحا ثم انتقض البيع بما هو منتقض من كل وجه قلنا المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانع مودحه كملك المشتري الثاني الا ترى ان المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثاني ولا يعود حق البائع في الاسترداد لان نقض البناء انما وجب ضرورة بقاء حق الشفيع فلو عاد حق البائع به لصار عاذا على موضوعه بالنقض لانه صار نقض البناء للشفيع ليكون له الا لان لا يكون له ولان النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى متافضا للمقتضى وهو التسليم الى الشفيع **قوله** وشك يعقوب في حفظ الرواية يعني شك (انه)

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتفاضلها وبيع فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيه ان يعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والdraهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن الخبث فلا يجب التصديق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند البيهقي ومحمد بن حريش من النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون البازل عنها *

قال وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا فضاء اياه ثم تصادفانه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا

انه هل سمع من ابي حنيفة رح انه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد ام لا ولم يشك في الاختلاف وقد نص محمد بن حريش على الاختلاف في ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فيكون نفعه على الاختلاف في انقطاع حق البائع بالبناء لان التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصا على الاختلاف في اصل ذلك الفرع *

قوله والفرق ان الجارية مما يتعين والاصل ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهر او خبث لفساد الملك والمال نوعان مما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود والخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف في العروض والنقود ادى ضمانهما للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح عند البيهقي ومحمد بن حريش لتعلق العقد بمال غيره ظاهر فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به او تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هنا فتعتبر وشبهة فيما لا يتعين ثم ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا يدرهم او دنانير *

(قوله)

° (كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل فيما يكره)

لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين *

* فصل فيما يكره *

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال ع م لا تناجشوا **قال** وعن السوم على سوم غيره قال ع م لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرار وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما ذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا **قال** وعن تلقى الجلب وهذا اذا كان يضرب اهل البلد فان كان لا يضرب فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر **قال** وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال ع م لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز

قوله لان الدين وجب بالتسمية اي بتصاصهما لان المرء مواخذ باقراره في الحكم فاذا تصادقا ان الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لان بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا كما لو باع امته بالفي وتقابضا فاستحققت الامته كان الثمن مملوكا للبائع ملكا فاسدا الوجوب رده عليه ولكن لا يبطل فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة فيتمكن في الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر والله اعلم بالصواب *

* فصل فيما يكره *

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو يفتحن ورروي بالسكون ان تستام السلعة باز يد من ثمنها ولا تريد شراء هابل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا في السكاح وغيرها ومنه الحديث نهى عن النجش ولا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك كذا في المغرب قوله عليه السلام لا تستام نهى بصيغة التثني وهو ابلغ **قوله** وعن تلقى الجلب جلب المشي جاء به من بلد الى بلد (للتجارة)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل فيما يكره - نوع منه)

وهو ان يبيع من اهل البدو وطمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر **قال** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قال** ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي ع م باع قدحاً وخلصا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه *

* نوع منه *

قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيراً والاصل فيه قوله ع م من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقال ادرك ادرك ويروى ارد دارد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعده عليه

للتجارة جلبوا الجلب المجلوب ومنه نهى عن تلقي الجلب كذا في المغرب * **قوله** وهو ان يبيع من اهل البدو وطمعاً في الثمن الغالي وقيل هو ان يتولى المصري عمن جاء من خارج مصر ليغالي في القيمة **قوله** ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه يعني اذا تعدا او وقفائمين لاجل البيع واما اذا كانا ممشيان وبيعان فلا بأس بذلك **قوله** وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض **قوله** وتفسيره ما ذكرناه وهو قوله فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد **قوله** ما فعل الغلامان اني ما حالهما قار يروى ارد دارد اي استرد (قوله)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل فيما يكره - نوع منه)

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد ولا بد من اجتماعهما في ملكه

قوله ثم المنع معلول بعلّة القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كما مرّة الأب ولا قريب غير محرم كابن العم فإن قيل آليس ان الحربي اذا دخل دارنا بغلامين اخوين صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق **قوله** ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو القريب المحرم فان قيل قوله لان النص ورد بخلاف القياس مخالف لما ذكر فيما قبله من المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده الى آخره قلنا النص لا يدان يكون معقولا لان الشارع لا يتناقض حججه كما قلنا ان في حديث التّهقّه معنى معقولا وهو ان التّهقّه جناية في مقام المناجاة مع الرب فاجبت نقض الطهارة جزاء لجنايته لمنع مقصودة من المضي في الصلوة بتلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذلك في بقاء الصوم مع الاكل ناسيا ان فساد الصوم يتعلق بترك الاتمام مختارا والناسي ليس بمختار في الترك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت بخلاف القياس لمخالفته الدليل الظاهر فعلم بهذا ان مطلق وجود المعنى لا يدل على ان يكون النص معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفته الدليل الظاهر وهنا كذلك لان الصغير بن ملكه والملك عبارة عن المطلق الحاضر والقياس الظاهر يقتضي ان يجوز تصرفه فيه بالجمع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك (سوى)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل فيما يكره - نوع منه)

لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر صاحبه لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجنابة وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به *

قال وان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيham * وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه م فرق بين مارية وسيرين وكاننا متين اختين

سوى العبيد والاماء وفيهما في الكبيرين فلهذا سمي بخلاف القياس وان كان فيه معنى معقول من وجه آخر كما في النظائر *

قوله لما ذكرنا اي من ان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد **قوله** وبيعه بالدين بان استهلك احدهما مال انسان وكذا اذا كان ما ذونا فالحقه دين يباع في الدين وان حصل التفريق **قوله** وردة بالعيب بان اشتراهما فوجد باحدهما عيبا وكذا اذا لم يكن احدهما محل البيع بان كان مدبرا او مكاتباً **قوله** لمعنى مجاور وهو الوحشة وذلك ليس من المبيع في شيء والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء كذا في المبسوط **قوله** كراهة الاستيham اي السوم على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع احدهما منه **قوله** ليس في معنى ما ورد به النص لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس احدهما بالآخر بل يتاذى احدهما من الآخر باحسان السيد الى احدهما والله اعلم (باب -)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

* باب الاقالة *

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله م من اقال ناد ما بيعته اقال الله عشراته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما * فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

* باب الاقالة *

فيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب كاشكى اي ازال القول السابق وهذا سهو بوجه احدها انهم قالوا قلت البيع بالكسر واقلته فدل على ان العين ياء والثاني ان في الصحاح اورد اقالة البيع في ذكر القاف مع الياء لاني ذكر القاف مع الواو فقال واقلته البيع اقالة وهو فسخه وربما قالوا قلته البيع والثالث ما ذكره في مجموع اللغة في القاف مع الياء وقالة البيع قبلا واقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث في اثبات جواز الاقالة ظاهر لان النبي عليه السلام ندب الى الاقالة بما يوجب التحريص من الثواب والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخا في حقهما تظهر في مواضع احدها ان يجب على البائع رد الثمن وما نطقا بخلافه باطل والثاني ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما ايضا لبطلت بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع ويبطل بها عند ابي يوسف ر ح في الموضع الذي يجعلها بيعا والثالث بعد ما تقايلا قبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع لانه فسخ في حقهما ولو كان بيعا لما جاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز البيع لان في حق غيره بيعا جديدا وفائدة كونها بيعا جديد في حق غيرهما تظهر في مواضع ايضا احدها ان المبيع لو كان عقارا مما يجب فيه الشفعة فسلم الشفع الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطالب الشفع الشفعة في الاقالة كان له ذلك لانها بمنزلة البيع في حق ثالث والثاني ان البيع لو كان صرفا فالتقايض في كلا الجانبين (شرط)

الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابو حنيفة رح وعند ابو يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رح ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عشرين

شرط الصحة الافالة فجعل في حق الشرع كبيع جديد والثالث انه لو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز فصار في حق البائع كانه ملك بسبب جديد والرابع ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع فصار كان البائع اشتراه في حق الواهب كذا في شرح الطحاوي *

قوله الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل بان ولدت المبيعة ولد ابعده القبض لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وابو حنيفة رح لا يصحح الافالة الا بطريق الفسخ وعند ابى يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض او تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما الا ان لا يمكن جعله فسخا ايضا فم تبطل الافالة في نفسها كما في بيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الافالة لانه تعذر اعتبارها ببيع الا ان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسخا ايضا لان الفسخ انما يكون بالثمن الاول وقد سمينا ثمنا آخر وعند محمد رح هو فسخ كما قاله ابو حنيفة رح حتى لو تقايلا بمثل الثمن الاول او بالاقل يكون فسخا الا اذا تعذر جعله فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض باكثر من الثمن الاول وبخلاف جنس الثمن الاول فهو بيع كما قاله ابو يوسف رح الا ان لا يمكن جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كما في بيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا في المنقول او غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول وفي الذخيرة ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا في الافالة اذا حصل الفسخ بلفظ الافالة فاما اذا حصل بلفظ المفاسخة والمناوكة والرد فانها لا تجعل بيعا وان امكن جعلها بيعا (قوله)

(كتاب البيع باب الاقالة)

فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحصل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولا يبي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو وجه البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت بها الشفعة وهذه احكام البيع ولا يحنف في حق ان اللفظ ينبي من الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان

قوله فيوفر عليه قضيته اي يوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوي وقضية لفظ الاقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخا ولا يبيوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو وجه البيع فيجعل بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة اصلا ولو كان لفظ الاقالة محتملا لمعنى البيع لا ينعقد به لاحتمال لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا قلنا روي من بعض المشايخ انه ينعقد فيمنع ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو ان قوله اقلتك العقد في هذا العقد بالف درهم ولم يكن بينهما عقدا صلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل في مخرجها وما نحن بصدد وليس كذلك لان الاقالة اضيفت الى ما له وجود اضني ساجقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اريد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية **قوله** وهذه احكام البيع وهي بطلان الاقالة بهلاك السلعة في يد المشتري بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بها تدل على ان الاقالة بيع فلا استدلال بالانزع على العلة انما يصح اذا كان الاثر مخصوصا بذلك المؤثر كما لا استدلال بالدخان على النار وهذه الاحكام بهذه المثابة لانها لا توجد بدون البيع فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فانه غير مختص بالبيع **قوله** ولا يبي حقيقه رح ان اللفظ ينبي من الرفع والفسخ الى ان قال فتعين البطلان فان قيل اعمال اللفظ لمعنى من المعاني عند دلالة الدليل عليه اولى من الابطال ثم في لفظ الاقالة لما تعذرا اعتبار الحقيقة وجب ان يجعل عبارة من البيع المبتدأ لان اللفظ يحتمله (الا

(كتاب البيوع باب الاقالة)

وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الفسخ اذ
لا ولاية لهما على غيرهما اذ ثبتت هذانتهم اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ
على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال يبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف
البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل

الا ترى انا جعلناه بيعا في حق الثالث قلنا ان اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين
وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده واما في حق ثالث فممن
ما جعلناه اللفظ مجازا عن البيع في حقه ولكن لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول الملك
للبائع بيدل اظهرنا هذا الموجب في حق ثالث فاما في حقهما فاللفظ اذ يمكن اعتباره بحقيقته
ولا يصح مجازا عن البيع لغا في نفسه كذا في الايضاح وذكر في الفوائد الظهريّة ولا يحنيفه رحمه الله
ان الاقالة ترفع وفسخ والعقد اثبات وتحقيق فكانت بينهما منافاة فلا يمكن ان يستعار احدهما
للاخر والمجاز حينما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يوجد فيهما بيانه ان الشجاع
يسمى اسدا لاشتراكهما في معنى الشجاعة واما الجواب لابي حنيفة رحمه الله استدل به
ابو يوسف رحمه الله من احكام البيع في الاقالة على ان الاقالة تبطل بدلالة وجود تلك الاحكام
المخصوصة بالبيع قلنا الشارع يدل الاحكام من حكم الى حكم كعدم الاستحاضة اخرجت
من حكم الحدث ولا يغير الحقائق وفساد الاقالة ضد هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام
فجاز ان يتبدل ويثبت ضمنا للاقالة اما لا يخرج الاقالة من حقيقتها وهي الفسخ *

قوله وكونه بيعا في حق الثالث جواب سوال يرد على قول ابي حنيفة رحمه الله
قوله بخلاف البيع بتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة اي يتعذر الفسخ على الزيادة
ولا يتعذر البيع بالزيادة كما ان ابا ع درهم ابد رهمين فان البيع يفسد بثبوت درهم زائد ولا يجعل
كانه باع درهم ابد وهم يبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع
لانها اثبات ما لم يكن ثابتا فيتحقق الربوا ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع (ما)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عندة وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وقال يكون فسجا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه * ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه * ولو ولدت المبيعة ولد اثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده

ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال وهذا يؤيد قول ابي حنيفة ومحمد رح انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع * **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكان في الاحالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة **قوله** الا ان يحدث في المبيع عيب فمح جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وبعض مشائخنا قالوا تاويل المسئلة ان يكون حصة العيب بقدر النقصان او اقل او اكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا في الذخيرة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب **قوله** ولو ولدت المبيعة ولد اثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح هذا اذا ولدت بعد القبض وما اذا ولدت قبل القبض (فالاقالة)

كتاب البيوع باب الاقالة

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يسند عي قيامه وهو قائم بالمبيع بهون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب *

فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ان الجارية اذا ولدت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ متصلة كانت او منفصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح لانها تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة وابو حنيفة لا يجوز الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا يمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة يبطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا في الذخيرة *

قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد فيقضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن وهذا لان الثمن انما يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد وما يكون وجوده بالعقد يكون حكما للعقد وحكم العقد لا يكون محلا للعقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وبينهما تناف ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن ولو تقايضا يجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا يجوز بعد هلاكهما **قوله** ولا تبطل بهلاك احدهما اي لا تبطل الاقالة بعد وجودها بهلاك احدهما **قوله** لان كل واحد منهما مبيع فان قيل في التصارف ايضا كل واحد من البديلين مبيع ويجوز الاقالة بعد هلاكهما فلنا لان المعقود عليه في التصارف ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه الا ترى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رده مثله فلا يكون هلاك المقبوض (ما)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

* باب المراجعة والتولية *

المراجعة نقل ماملكة بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكة بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي المهتدي وبطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما

ما نفا صحة الاقالة وان كان في العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة لا تتعلق باعيانهما لو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العروض بالعروض ثم الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول افلني فيقول الآخرا قلت وقال محمد رحمه الله لا يقوم الابلغطين يعبر بهما عن الماضي اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظرو تامل فلا يكون قوله افلني مساومة بل كان تحقيقا للنصرف كما في النكاح وبه فارق البيع والله اعلم بالصواب *

* باب المراجعة والتولية *

البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضعية وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المراجعة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف *

قوله المراجعة نقل ماملكة اي من السلع لانه اذا اشترى بالدرهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مراجعة المسئلة في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** بالعقد الاول اي بماملكة لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد مراجعة على القيمة التي اداها الى ماله هذه المسئلة ايضا في فتاوى قاضي خان **قوله** بالثمن الاول اي بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول اجرة القصار والصباغ والطرار والغنل جاز ولا نه لوملك اصل الثوب بميراث او هبة او وصية فقومه بقيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط (قوله)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رخص بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولتي احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا *

قال ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة * ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكبل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم * وان باعه بربح دة يارده لا يجوز لانه باعه برأس المال وبيع قيمته لانه ليس من ذوات الامثال * ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والقتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عدناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذا القيمة تختلف باختلاف المكان * ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا اكيد يكون كاذبا

قوله ولهذا كان مبناهما ايضا لقوله يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي **قوله** وعن شبهتها حتى اذا اشترى الى اجل ليس له ان يبيعه مراجعة الا بالبيان **قوله** ولا يصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل اي يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه ايضا فاشتراه مراجعة او تولية يكون مشترا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالخزروالظن فتمكن شبهة الخيانة وانه مانع من بيع المراجعة والتولية فاما اذا كان مالكا لذلك العوض فاشتراه به او اشتراه به وربح درهم صح وصورته ان يشتري رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان باع العبد ملك الثوب من آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب وربح درهم او قبض حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب وربح درهم او قبض حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح دة يارده وهو مالک ذلك (١)

وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته * فان اطلع المشتري على خيانه في المراجعة فهو بالخيار عندا بيمينه رح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه * وان اطلع على خيانه في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح يحط فيهما وقال محمد رح بخير فيهما الحمد رح ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمراجعة ترويح وترغيب

العضو لا يجوز لانه اشتراه به وبجزء من قيمته وذلك يستدرك بالخزروا الطن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ هو ربح دة يار دة انما يستعمل فيما اذا قام له السلعة بعشرة يبيعها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به والثمن هنا هو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصير رح بائعا للعبد بذلك الثوب وبجزء من احد عشر جزء من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة فيكون بائعا بالثوب وبيعض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا الوباغ العبد ممن لا يملك الثوب بربح دة يار دة لا يجوز ومعنى قولنا بربح دة يار دة اى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح دة هما وان كان عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان الربح ثلاثة دراهم فتسمية ربح دة يار دة يقتضي ان يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والنمن هنا ليس من ذوات الامثال فلا يجوز ويزيد ما ذكرنا وضوحا بمسئلة وهي ان من اشترى من رجل عبدا بالف درهم نخبة نقد بيت المال وقضه ثم باعه مرا بحة عليها بربح مائة درهم فان المائة الربح يكون من نقد البلد لا من جنس الثمن ولو باعه مرا بحة بربح دة يار دة فان الربح يكون من النخبة لا من نقد البلد ثبت ان هذا اللفظ يقتضي ان يكون الربح من جنسه *

قوله وسوق الغنم بمنزلة الحمل لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف اجر الراعي لانه يستحق الاجر باعتبار الحفظ وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى اى في المالبى وبخلاف اجر التعليم فانه اذا انفق على عبده في تعليم عمل من الاعمال (د)

فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بقواته ولا يبيسوف رح ان الاصل فيه كونه تولية ومراجعة ولهذا ينبغي بقوله وليتك بالثمن الاول او بعثتك مراجعة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالخط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح والابى حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لايبقى تولية لا نديز يد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الخط وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخير فلو هلك قبل ان يرد احدث فيه ما يمنع الفسخ

دراهم لم يلحقها برأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية واجرت تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالحاقة كان له ان يلحقه لان زيادة المالية باعتبار معنى في المتعلم وان كان لا بد من التعليم الا ان التعلم آخر الامر بين وجوده وان حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لا الى التعليم واجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة في العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة اكثر المشائخ على انها لاتضم ومنهم من قال تضم والباج الذي يوخذ في الطريق لا يلحق برأس المال قال زفرح ولو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بالحاقة برأس المال يلحق به ايضا وفي المبسوط وفي الحاق شي برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل بيده من قصارة او خياطة وما اشبه ذلك من الاعمال لا يضمه الى رأس المال رجل اشترى دجاجة وقبضها فباضت عنده ثلثين بيضة فباع البيضات بدرهم ثم اراد ان يبيع الدجاجة مراجعة ان انفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات جازلانه جعل ثمن البيضة عوضا عما انفق وان لم ينفق لا يجوز وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل ان يقدر ما اصاب من الزيادة اذا انفق من ماله لا يلزمه بيان ذلك في بيع المراجعة كذا في المحيط **قوله** فيكون وصفا مرغوبا فيه لوجود الامن عن الغبن **قوله** منه ومن الربح بيانه فيمن ابتاع ثوبا بعشرة مثلاً على ربح خمسة ثم ظهر ان البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسة يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله (من)

يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار
الروية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفاتت فيسقط ما يقابله عند عجزه *

قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرا بحة طرح عنده كل ربح كان قبل ذلك
فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرا بحة وهذا عند ابي حنيفة ربح وقال البيهقي مرا بحة على الثمن
الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرا بحة بخمسة
ويقول فام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرا بحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرا بحة
اصلا وعند هبا يبيعه مرا بحة على العشرة في النصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع
الاحكام عن الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث ولا يحنف ربح ان شبهة حصول
الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحنفية في بيع المراجعة احتياطا ولهذا لم تجز المراجعة فيما اخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير
كانه اشترى خمسة وثوب بعشرة فبطل ربح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره

من الربح وهو درهم فباخذ الثوب باثني عشر درهما وكذا لو اشترى ثوبا بعشرة وقال اشتريته
باثني عشر وباعه بربح درهم فعنده يحط درهما من رأس المال وسدس درهم من الربح *

قوله يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة وهو المشهور من قول محمد ربح وعن محمد ربح ان
المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن سلمه اليه بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع
في التحالف **قوله** منقطع الاحكام عن الاول لان الشفيع اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة
في العقد الثاني **قوله** كما اذا تخلل ثالث يعني اذا باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول
ثم اشترى منه البائع الاول **قوله** لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بان يجد المشتري
بالثوب عيبا فبردة ويسترد منه كل الثمن ويطلب حقه في الربح والشراء ثانيا ونفع الامن على البطلان
فالمستفاد بالشراء الثاني الثوب وتؤكد الربح الاول وللتاكيد شبهة بالاجاب حتى غرم شهود الطلاق
قبل الدخول نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان (عليه)

قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مراجعة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم

على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المراجعة يمنع بالشبهة كما يمنع بالحقيقة الا ترى انه لو كان على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبيعه مراجعة على عشرة لان مبنى الصلح على الخط والمسامحة ولو وجد حقيقة الخط لم يبيعه مراجعة على عشرة فكذا اذا وجد شبهته فصار في الفصل الاول كانه اشترى في العقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة والخمسة بازاء الخمسة وبقي الثوب بخمسة فيبيعه مراجعة على خمسة وفي الفصل الثاني كانه اشتراه وعشرة بعشرة فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مراجعة ولا يقال على هذا ينبغي ان يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كانه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربو لانا نقول ان الربح الاول لم يصرم مقابل الثمن الثاني حقيقة وانما تثبت له شبهة المقابلة من حيث ان للتاكيد شبهة بالاجاب والشبهة تكفي لمنع بيع المراجعة ولا تكفي لافساد العقد لان المنع في بيع المراجعة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان واذا رضي به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما اذا هب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مراجعة على عشرة لانه ممنوع في رواية عن ابي حنيفة رح ولو سلم فنقول بالبيع الثاني وان كان يتأكد انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه وانه ايضا ليس معنى يزداد الثمن لاجل بخلاف ما اذا اشترى بثمن مؤجل ثم باعه مراجعة بثمن حال لانه معنى يزداد في الثمن لاجله وبخلاف ما اذا اخلل ثالث لان الربح تأكد بملك الثالث لا بشرائه وبخلاف ما اذا اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف ثم اشتراه بعشرة لانه يبيعه مراجعة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الوصيف ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة اولاً لانه لا يمكن فيه شبهة الربو * .

قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته وانما يتبدل الدين (١)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية) :

لجوازها مع المئاني فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكان يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول *
قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراجعة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوارزه عندنا عند عدم الربح خلافا لفررح مع انه اشترى ماله بماله

المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاه شيئا فانه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا اذا كان عليه دين لا يحيط بماله لانه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لان كسب العبد لا يعري من قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان محيطا بماله دون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع ولكن فيه شبهة العدم ايضا فلا يبيعه المولى مراجعة بالثمن الذي اشتراه به من العبد لانه لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين محيط برقبته مع انه اجنبي عن كسبه فلان لا يجوز له عليه دين محيط بماله دون رقبته اولى فظهر انه انما قيد بقوله وعليه دين محيط برقبته ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الاول *

قوله لجوارزه مع المئاني ذكر الامام فاضل خان رح في تعليل هذه المسئلة لان بيع المولى من عبده المأذون المديون والمكاتب وبيعهما من المولى وان كان جائزا فله شبهة العدم لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى ان يمنع كسب العبد لنفسه ويقضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز ورد الى الرق كان كسبه للمولى فكان بائعا من نفسه من وجه وبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مراجعة على الثمن المذكور بالبيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول **قوله** في الفصل الاول وهو ما اذا باعه العبد من مولاه والفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده **قوله** خلافا لفررح فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال اذ لم يكن في المال ربح (قوله)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانقاذ يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه
 وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عما في حق نصف الربح *
قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مراجعة ولا يبين لانه لم يحتبس
 عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء
 من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطئ وعن ابي يوسف ربح
 في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي ربح فاما اذا افتأ عينها
 بنفسه او افتأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبيعها مراجعة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء
 من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها * ولو اشترى ثوب

قوله لما فيه من استفادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال
 من ماله في التصرف فيه فبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف وذكر الامام الترمذ في
 ربح لو صار مال المضاربة جارية ليس لرب المال ان يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب
 حق التصرف الا ترى ان رب المال لا يملك بيعها واحاله الى الايضاح **قوله** والانقاذ يتبع
 الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبدة ومبدغية فاشترى صفتة واحدة جاز البيع فيهما ودخل
 عبدة في شرائه لفائدة انقسام الثمن ثم يخرج فكذاك ههنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه
 لفائدة استفادة ولاية التصرف **قوله** ففيه شبهة العدم لما قال زفر ربح ان البيع تملك المال بالمال
 وانه معدوم ههنا **قوله** الا ترى انه وكيل عنه هذا الايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب
 لما كان وكيل عنه وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه
 فصار بيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فامادرهمان
 ونصف فحق المضارب ولا شبهة في اصل الثمن فلهذا يبيعه مراجعة على اثنين عشر ونصف
قوله وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن فان قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء
 اذا قصد الاتلاف كان له قسط من الثمن ولهذا لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يمكن (من)

فأصابه فرض فار او حرق نار يبيعها مراجعة من غير بيان * ولو تكسر بنشرة
وطبه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه *

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيته فباعه بربح مائة حلالا لم يبين فعلم المشتري فان شاء رده
وان شاء قبل لان الاجل شبه بالمبيع الا يرى انه يزداد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مراجعة بمنهما والاقدام على المراجعة يوجب
السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف
ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن **قال** فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة
في التولية مثلها في المراجعة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة

من الرد وان كانت هي ثيبا وذلك باعتبار ان المستوفى من الوطى بمنزلة احتباس جزء
المبيع عند المشتري قلنا المانع من الرد بالعيب بعد الوطى غير ما ذكرت وهو انه ان ردها
مع العقرب لزم النسخ في شيء لم يرد عليه العقد وهو العقرب وان ردها بدون العقرب لزم سلامة
وطئها من العوض بخلاف الهبة فان وطئ الموهوب له لا يمنع رجوع الواهب لانه يجوز
ان يسلم له وطئها بلا عوض كما سلم التجارية بلا عوض ولا يلزم على هذا سلامة خدمة
التجارية للمشتري بعد النسخ لان الخدمة شيء لا بد منها فلو كان استيفاء الخدمة يمنع
الرد بالعيب لانسد باب الرد بالعيب ولا يجوز ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع
زيادة متولدة من العين او شيء وجب بالتلاف العين كالولد والارث والعرق فكذا الوطى
وبيع المراجعة انما يمنع جوازا من غير بيان اما بالخيانة في الثمن او باحتباس شيء من المبيع *

قوله فأصابه فرض فار في الفوائد الظهيرية والفرض بقاء معجمة من فوقها بواحدة نص على هذا
صدر الاسلام ابو اليسر **قوله** والمعنى ما بيناه اما في فرض فار فلما ذكر في الاصول ان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن واما في حق تكسر الثوب بنشرة فلما ذكر في فقا العين انه صار مقصودا بالتلاف
قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن اي حقيقة ام شبهة المقابلة فتأبته ولهذا يزداد في الثمن (لا)

لما ذكرناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسرد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزبوف مكان الجباد وعلم بعد الاتفاق وسيا تيكهم من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد فقبل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال *

لاجل الاجل فاعتبر ما لا في المراجعة حتى اشترط بيان الاجل احترازا عن شبهة الخيانة ولم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المبسوط فان لم يصبه عيب لكنه اصاب من غلة الدار والدابة والخادم شيئا فله ان يبيع المشتري مراجعة على ثمنه لان الغلة ليست بمتوادة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المتفعة واستيفاء المتفعة لا يمنع من بيعها مراجعة فكذا بدلها وهذا لانه انفق عليها بأزاء ما نال من المتفعة واذا ولدت الجارية والسائمة وانمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مراجعة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصها الولادة فهو نقصان بغير فعل احد وبأزائه ما يجبره وهو الولد ففي مثل هذا النقصان له ان يبيعه مراجعة وان لم يكن بأزاء النقصان ما يجبره فاذا كان اولى فان استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مراجعة حتى يبين ما اصاب من ذلك لان ما استهلكه متولد من العين ولو استهلك جزءا من عينها لم يبيعها مراجعة من غير بيان فكذلك اذا استهلك ما تولد من العين وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها اذا اصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مراجعة حتى يبين ما اصاب ههنا لان ما اصاب في حكم جزء من عينها وعند الشافعي رحمه الله له ان يبيعها مراجعة بناء على مذهبه ان الزيادة المتفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وان كان انفق عليها ما يساوي ذلك في ملفها وما يصلحها فلا بأس بان يبيعها مراجعة من غير بيان لان حصول الزيادة له باعتبار ما انفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم *

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابل به شيء من الثمن (قوله)

(كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل) :

قال ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن *
 فان علمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
 العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كخبر القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق
 قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيرة بيع الشيء برفقه اذا علم في المجلس وانما يتخير
 لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية *

* فصل *

ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه لم ينهي عن بيع ما لم يقبض
 ولان فيه ضرراً انفساخ العقد على اعتبار الهلاك * ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ائتمنة
 وايبوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعاً الى اطلاق الحديث واعتباراً بالمتقول
 وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا ضرر فيه لان الهلاك
 في العقار نادراً بخلاف المتقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد

قوله فلا يقبل الاصلاح لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير
 متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة فصارت النسخة الى آخر المجلس عفو كخبر القبول
 فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينه ساعات وكذا العلم الحاصل
 في آخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فصح على تقدير الابتداء فاما بعد الافتراق فاصلاح
 لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح بخلاف ما اذا باع الى الحصاد
 واسقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر اولاً لانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد *

* فصل *

قوله لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو ان النبي عليه السلام قال لعتاب ابن اسيد
 حين بعته الى مكة اميراً صراً الى اهل بيت الله تعالى وانهم عن اربع بيع ما لم يقبضوا وعن
 ربح ما لم يضموا وعن شرط في بيع وعن بيع وسلف **قوله** ولان فيه غرراً انفساخ العقد على (ا)

والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والآجارية قيل على هذا الاختلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الآجارية المنافع وهلاكها غير نادر *

قال ومن اشترى مكيلا مكيلة او موزونا موازنة فاكثاله واتزنته ثم باعه مكيلة او موازنة

اعتبار الهلاك لانه اذا هلك قبل القبض ينسخ البيع وعاد الى قديم ملك البائع فيكون المشتري بائعا ملك غيره ومتى قبض يتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه وقبل القبض لا يدرى اتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه ام ينسخ فيصير بائعا ملك غيره فلا يصح فتمكن فيه غرر فكان باطلا بخلاف البيع الاول لانه لا يتمكن فيه هذا الغرر لانه متى لم يقبض المشتري وانسخ البيع بالهلاك او قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعا ملكه لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه *

قوله والحديث معلول به فان قيل هذا تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وانه عام قلنا الحديث دخله خصوص فبيع المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا فيخص بالقياس لان مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس على انه لم يتناول المتنازع اذ لا يتأتى فيه القبض الحقيقي لانه يكون بالنقل فيكون المسئلة مبنية على الاختلاف في غصب العقار **قوله** والآجارية قيل على هذا الاختلاف اي لا يجوز للمشتري ان يؤجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد رح وعندهما يجوز والاصح ان الآجارية لا تصح اتفاقا وعليه الثنوي لان الآجارية تملك المنافع والمنافع كالمقنول في احتمال الهلاك **قوله** ومن اشترى مكيلا مكيلة قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او وصية جاز له التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذكر في الايضاح اذا قبض الكرو هو ثمن ثم باعه قبل الكيل جاز لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكيلة او موازنة لانه اذا باع المكمل او الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع او بالاكل وغيرهما (قوله)

(كتاب البيوع... باب المراجعة والتولية... فصل)

لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صلح البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له لان الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيه بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم

قوله لم يجز للمشتري منه اي للمشتري الثاني من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الاول وانما وضع المسئلة فيما اذا باعه المشتري الذي اكثاله ليشير به الى ان تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وان كيل مرة قبل شرائه او بعد شرائه بغية **قوله** حتى يعيد الكيل اي بعد شرائه ولا يكتفى بكيل بائعه حيث اشترى بائعه ولا يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل لان الصحيح انه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري مرة يكفي به **قوله** وهو الشرط اي الشرط كيل البائع وكيل المشتري وانما شرط ذلك لان البيع يتناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فما لم يكل لنفسه او لم يزن لا يمتاز المبيع من غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطا ايضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا او وزنا من تمام القبض لان القدر معتود عليه فيما بيع كيلا ووزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن خصه ما نقص والقبض غير مغن لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما اذا باع مجازفة اذ البيع وقع على المشار اليه لاعلى مقداره بعينه وتصويره **قوله** في المجازفة بان يكون لرجل طعام (فا)

كتاب البيوع... باب المراجعة والتولية... فصل

ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المحدث عددا فهو كالمذموم فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا ولا لموزون فيما يروى عن البيهقي رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط *

قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانقاسخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع *

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رح لا يصحان على اعتبار الاحتاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمالا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برامبتداً ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه راجحاً او خاسراً او عدلاً ولهما ولاية الرفع فالولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا استقطا الخيار

فاكتاله ثم باعه متجازفة فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري *
قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين في باب السلم وهو ما اذا اشترى المسلم اليه من رجل كراوا مرب السلم بقبضه فانه لا يصح الا بصاعين لاجتماع الصفتين بشرط الكيل احدهما شراء المسلم اليه وثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالمبيع الجديد فيجتمع صفتان **قوله** ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الاصل والزيادة واذا وافى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبائع ان يمتنع من تسليم الزيادة **قوله** فلا يمكن اخراجه يعني لما قبل كل الثمن بهذا المجموع فلما خرج بقي بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا يمكن ان يجعل الباقي في مقابلة الكل لانقضاء العقد الجديد (قوله)

{ كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل }

أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حظ الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويأخذ على الباقي في الحظ وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحظ وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحظ

قوله أو شرطاه بعد العقد بان عقدا عقدا ثم شرطا الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم إلى غيرة فإن قيل الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شأنه يثبت ثم يستند وقد تعذر ههنا الثبوت لأنه يصير ملكه عوض ملكه قلنا يفسخ العقد في حق تصحيح الزيادة **قوله** بخلاف حظ الكل لأنه تبديل لأصله أي لأصل العقد لأنه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به ولأنه لو التحق بأصل العقد يفسد العقد لأنه يبقى يباعا بلا ثمن فكان تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف غير مشروع **قوله** وعلى اعتبار الالتحاق جواب عن قول زفرو الشافعي رحمه الله **قوله** ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع يعني الزيادة في الثمن وفي الباقي وأما الزيادة في المبيع فجائزة بعد الهلاك لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن لأنها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم وفي الإيضاح قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده فزاد البائع للمشتري جارية أخرى فالزيادة جائزة لأن هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري للبائع لم يجز لأن الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك ومن أصل محمد رحمه الله أن هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن ولو اعتق أو كاتب أو برأ أو استولد أو مات أو قتل أو وهب أو باع أو طعن أو نسج أو تخمر أو أسلم مشتري الخمر لا تصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بهما (قوله)

(كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل)

لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا *

قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجملا معلوما يصير مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره
تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول
ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد
والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل *

قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح لانه
اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلنظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي
والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة
اذ اجبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيمته
وهوربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة
حيث يلزم من ثلثه ان يقرضه ولا يطلبه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية
بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي والله اعلم *

قوله لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فان الهالك لا قيمة له فخراج البدل عما يقابله
ملايم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع **قوله** وقد ذكرناه اي وقد ذكرنا ان
الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وفي تأجيل الدين كما في الحصاد والدياس بخلاف الجهالة
في البيع الى اجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة **قوله** من قبل اي في آخر
باب البيع الفاسد **قوله** صار مؤجلا لما ذكرناه وهو قوله لان الثمن حقه **قوله** الا القرض
فان تأجيله لا يصح اي لا يلزم اي لمن اجل ابطاله كما في العواري واعلم ان القرض مال
يقطعه من امواله فيعطيه وما ثبت عليه دين فليس بقرض والدين يشمل ما وجب في ذمته ديننا
بعقدا واستهلاك وما صار ديننا في ذمته باستقراضه فهو اعم من القرض وقال مالك رح التأجيل
في القرض لازم لانه صار ديننا في ذمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون (باب)

(كتاب البيوع باب الربوا)

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنه متناضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضه ويقال القدر مع الجنس وهو شمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والغضة على هذا المثل ويروى بر وايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التبر ومعنى الثاني بيعوا التبر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والشمية في الاثمان

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل اي حكم الربوا هو الحرمة والربوا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا بر بوعلى هذا اي يفضل قال الله تعالى وما آتيتكم من ربوا ليربوا عند الله رسمي المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال وهو محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه لقوله تعالى وحرم الربوا ونذكر الله تعالى لا كل الربوا خمسة من العقوبات احد بها التخبط والثاني المحق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية نهاية حرمتها لا يقوم الا كما يقوم الذي يتخطه الشيطان يحقق الله الربوا فان نوا بحرب من الله ورسوله وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فأؤتىك اصحاب النار هم فيها خالدون *

قوله وهو شمل اي القدر لانه يتناول الكيل والوزن والاصل فيه اي في كون القدر مع الجنس علة الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالتبويل والعمل به ومدار هذا الحديث على اربعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبد الله بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم مع اختلاف الفاظهم وانه معلول باجماع القائسين (خلا)

والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والممانلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلته تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قديد ورمع الشرط

خلافا لصحاب الطواهر لانهم لا يرون القياس حجة فنقصروا حكم الربوا على الاشياء الستة *
قوله والجنسية شرط اي شرط لتعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهي الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان عنده الا عند وجود الجنسية ولا اثر للجنسية بانفرادها عنده حتى لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي جاز عنده لان العلة لا تعمل الا عند وجود شرطها لان الشرط يعمل شيئا من العمل عند عدم العلة **قوله** لانه نص على الشرطين اي الشارع نص على الشرطين التقابض والتماثل لانه قال يذاييد مثلاً بمثل اي قابضاً يذاييد ومماثل بمماثل آخر وهما نصب على الحال والعامل فيه الفعل المضمر وهو بيع او رواية الرفع في هذا المعنى ايضا والعدول الى الرفع للدلالة على الثبوت والاحوال شروط كما في قوله ان دخلت الدار راكبة فانت طالق **قوله** وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر اي جواز بيع هذه الاموال بشرطي التقابض والتماثل يشعر بان موجبهما وصف في المحل ينشئ عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط لانه متى يفقد طريق اصابته بشرط زائد يعظم خطره في عين الممتلكين كالعقد الوارد على الابضاع لما خص بشهود وولي دون سائر المعاملات دل على ان المستحق به ماله خطر وهو البضع فيعمل بعلته تناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم والتمنية **قوله** والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح اذا الاموال انما تبقى اموالاً مادامت لها اثمان لان ما لا يبدل الثمن بمقابلته لا يكون ما لا مثل كف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء النفس بوصف انها ما كولة او وسيلة اليه **قوله** ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لثبوتهما في خطير ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرطاً لعلته **قوله** والحكم قديد ورمع الشرط جواب شبهة ترد على قول الشافعي رح وهي ان حكم (الربوا)

ولنا انه اوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع
اذ هو ينهى عن التقابل وذلك بالتماثل اوصيانه لا موال الناس عن التوى

الربوا كما يدور مع الطعام والتمنية على اصلك فكذا يدور مع الجنسية فلم جعلت الطعام والتمنية
علته دون الجنسية **فاجاب** بان لا اثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قديد ورمع الشرط كما يدور
مع العلة كالرجم مع الاحسان والفرق بينهما بالتاثير وعدمه الا ترى انه عليه الصلوة والسلام
عند بيان حكم الربوا ذكر الاثمان وانفس كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبر افضل طعام
بني آدم والشعير انفس علف الدواب والتمر انفس الفواكه والملح انفس التوابل ليشعر بان العلة هي
الطعم ولو كان القدر علة لكان ذكر هذه الاشياء تكراراً محضاً اذ صفة القدر لا يختلف في هذه الاربعة
ولهذا قال مالك راجح ان العلة الاقتيات والادخال لانه خص بالذكر كل مقتيات ومدخر *

قوله ولنا انه اوجب المماثلة اى الشارع اوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوق
الحديث لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلاً بمثل والباء للاصاق فدل على اضرار فعل
وذا بيعوا لقوله عليه الصلوة والسلام بعده فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم
فذكره عند الاختلاف دليل على انه المضمر عند الاتفاق وقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام
بالطعام الاسواء بسواء اذا نهى عن الشيء امر بضده وقوله مثلاً بمثل حال لما سبق
والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر لايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال
التي هي شرط اى يبيعوا بوصف المماثلة وقد يتعلق المباح بشرط يجب رعايته كالاشهاد في النكاح
قوله تحتية لمعنى البيع اذ هو ينهى عن التقابل لان البيع مبادلة المال بالمال وذا بالتماثل في متحد
الجنس بحيث يقابل كل جزء من هذا عوض مماثلة اذ لو فضل احد العوضين لخلل ذلك
الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا يتحقق المعاوضة بل يكون استحقاقاً لذلك القدر
بلا عوض وتسمية المعاوضة خلافه **قوله** اوصيانه لا موال الناس عن التوى اذ شرط الفضل متول للمال
لان استحقاقه بلامنة وعوض البيع شرع لتحصيله لا لتوائمه فيكون شرطاً غير ملائم للبيع فيبطل (قوله)

أوتيميا للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا

قوله أوتيميا للفائدة أي لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع فإن فائدة البيع حصول الملك في المبيع فنفس العقد يثبت ملك الرقبة وتما مه بملك التصرف وذلك باتصال التسليم بالعقد وذلك في وجوب المماثلة لان وجوب المماثلة يقتضي كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض يتم الفائدة فقلنا بوجوب المماثلة تتميم للفائدة وفي الكافي للعلامة النسفي وتتميم الفائدة التبايع بوجود التقابض إذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التقابض المطلق للتصرف إذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والآخر يمتنع عن التسليم بوجود الضرر فيقعان في التنازع وهو فساد ديني ينضي إلى الفساد فهو فاسد نعم قد رخصي به لكن ربما يندم لان طبعه لا يتقارظا هو الكون مجبول على حب المال والمغبون غير ماجور ومحمود فربما يتنازعان عند التسليم والتسلم وفي النهاية للعلامة السغاني رح أوتيميا للفائدة باتصال التسليم بالتماثل يعني في الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض فانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقيق المماثلة فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل أي بعد كون كل واحد منهما مثالا للآخر يجب ان يتصل التسليم بالتماثل حتى يتم فائدة العقد ويحتمل ان يكون معناه عام في الاموال كلها أي لو لم يكن كل واحد منهما مماثلا للآخر لا يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما نقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين ضررا في حق الآخر واذا كان مثالا للآخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفائدة وهي نبوت الملك اتم بعد القبض لانه يكون نفعا في حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان احدهما نقص من الآخر **قوله** ثم يلزم عند فوته أي فوت الشرط وهي المماثلة التي هي شرط الجواز حرمة الربوا قوله عليه السلام والفضل ربوا والفضل اسم لكل زيادة والربوا اسم لزيادة هي حرام واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعمل بعله تؤثر في ايجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعام والتمينة لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل لها * (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

والمماثلة بين الشئيين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر
الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة
التخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا ولا لان في اعتباره سد باب
البياعات اول قوله م جيدها وورديها سواء والطعم والتمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل
في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره
اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط
الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيلاً وفي الذهب
بالذهب وزناً بوزن * وان تفاضلاً لم يجز لتحقق الربوا * ولا يجوز بيع الجيد بالردي مافيه
الربوا الا مثلاً بمثل لاهداء التفاوت في الوصف * ويجوز بيع الحنطة بالحنطة والحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة
عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم

قوله والمماثلة بين الشئيين باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود بصورته ومعناه
فانما يقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة والجنس
عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى ولا عبرة للوصف لقوله م جيدها
ورديها سواء ولا جماع فان بيع فقير جيد بفقير ردي وفلس لا يجوز ولان ما لا ينتفع به
الا بهلاكه فمنفعته في ذاته فيهدر الوصف اذا المقصود هي المنفعة وهي في الذات بخلاف
ما ينتفع به بغير اهلاكه لان انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولان الناس لا يعدون التفاوت فيه
معتبراً لقلته ولان في اعتباره سد باب البيع وهو مفتوح فيما يودي الى انسدادة فهو مردود
قوله والطعم والتمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق والاباحة
بابلغ الوجوه لشدة الحاجة اليها دون التضييق كالهواء والماء والنار اذا الحاجة تؤثر في الاباحة
كالهيئة تحل عند الحاجة وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح (تناول)

ومادون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بمادونه ولتوباعا مكبلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالبحس والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعندة يجوز لعدم الطعم والثمنية *

قال واذا اعدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء

تناول سائر الاموال فتعليل الحرمة بما له اثر في الاطلاق لاني الحرمة فاسد لا فضائه الى فساد الوضع وسبق النص دليلنا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على بعض وذكر للكل حكما واحدا فلا بد ان يكون علة الحكم متحدة اذ الحكم المشترك لا بد له من علة مشتركة وذا فيها ذكرنا لا فيما ذكره فان قيل ما تعني بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنت به انه علة الربوا فهو ظاهر الفساد لان بيع المكيل والموزون بجنسه متماثلا يصح مع وجود العلة وان عنت به انه علة وجوب المساواة فليس فيما ثبت اشارة اليه فلناهما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل وقد اشرت الى ذلك لاني بينت ان الحديث اوجب المساواة وانما يتصور وجوبها في محل يقبلها وذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة وباعتبار وجوب المساواة يحرم الفضل لغوات حكم الامر وما يوجب احدا الضدين يقتضي نفي الضد الآخر اذ اكان مفقوتا له كالامر بالمساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل والشرب والوقاع لان الضد مفقوت للما موربه فثبت ان القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى قولنا علة الربوا القدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربوا او علة كون المال ربويا او علة حرمة الفضل واذا ثبت ان العلة القدر والجنس تعدى الى سائر المقدرات سواء كان مطعوما او لا *

قوله ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة هذا اذا كان كل واحد من البدين لا يدخل تحت نصف الصاع واما اذا كان احدا البدين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر يبلغ حد نصف الصاع او اكثر فبيع احدهما بالاخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط وقال لوباع حفنة بغير لا يجوز **قوله** والمعنى المضموم اليه اي الكيل او الوزن (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجد احرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا
وجد احد هما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هروياقي هروي او حنطة
في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما ونال الشافعي رح الجنس بانفراده
لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه
حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة الاولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر
او الجنس والنقدية او جبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة

قوله لعدم العلة اي حل التفاضل لدليل الحل وهو قوله تعالى واحل الله البيع وعدم علة الحرمة
لان يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لان عدم لا يثبت شيئا لانه ليس بثابت في نفسه **قوله**
وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء وهذا راجع الى اصل وهو ان الجنس عندنا احد
وصفي العلة لتحريم الربوا في النقد فيكون علة لتحريم ربوا النساء وعند الخصم الجنسية شرط والشرط
لا اثر له في اثبات الحكم **قوله** وحقيقة الفضل فيه غير مانع حتى يجوز بيع ثوب هروي بثوبين
هرويين فالولى ان لا يمنع شبهته ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى احد الوصفين لوجود
المسوي بينهما من وجه اما ذاتا بالقدر او معنى بالجنس النقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الربوا
وهي كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربوا وهذا ان كل حكم تعلق بوصفين
مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلية فيثبت بشبهة العلية شبهة
الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته الا ترى انه لو اسلم قفيزا في قفيز شعير لا يصح اجماعا ولا يقال
انه بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وان كان بعض العلة
لحرمة ربوا الفضل وكذلك اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد
والرصاص وما اشبه ذلك يجوز عنده وعندنا لا والشافعي رح ينكر حرمة النساء فانه يقول
التقايض في بيع المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد في عدم الجواز لانعدام التقايض لالكونه نساء
وهذا خرق لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا في الايضاح (قوله)

الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه بجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثنى بتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو مثنى لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنه وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فننزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة *

قال وكل شيء نص رسول الله على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدان (وان ترك الناس الوزن فيه) مثل الذهب والنضة لان النص اقوى من العرف والاتوى لا يترك بالادنى ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس

قوله الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران استثناء من قوله واذا وجد احد هما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء **قوله** ونحوه كسائر الموزونات **قوله** فاذا اختلفا فيه صورة اي في صورة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات ومعنى فان الزعفران مثنى متعين والنقود ثمن لا يتعين وحكما فان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران واشباهه اذا باعه ثمن لا يتعين وحكما فان التصرف فيه قبل الوزن **قوله** لم يجمعهما القدر من كل وجه فيتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهذا لانهما اذا اتفقا في الوزن من كل وجه كما لو اسلم الحديد في القطن حرم النساء لشبهة الربوا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي الذخيرة وربوا النساء يحرم باحد وصفي علته الربوا وهو الجنس او الوزن او الكيل مثنى او ثمنين حتى انه اذا اسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز وجود الكيل في مثنى وكذا اذا اسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في ثمنين واذا اسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في مثنى واذا اسلم الدراهم في الزعفران يجوز لانه لم يوجد الوزن في مثنى او ثمنين انما وجد في ثمن ومثنى **قوله** لان النص اقوى من العرف لان العرف يحتمل (ان)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لانهاد القرض ابيوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا الوباغ الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم * **قال** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاراق

ان يكون على الباطل واما النص بعد ثبوته فلا يحتل ان يكون على الباطل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم يتعارفوا به واما النص فحجة على الكل * **قوله** لانهاد القرض العادة يرجع اليها لانها مبنية على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى كالنص ولهذا قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** لان النص على ذلك لمكان العادة اي لان النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزن في ذلك الوقت انما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها **قوله** وقد تبدلت والجواب عندان تقرير رسول الله عليه السلام اياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص **قوله** لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه وهو الكيل في الحنطة والوزن في الذهب لان شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم **قوله** الا انه يجوز الاسلام في الحنطة وزنا وهو رواية الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله لان المماثلة لا يشترط في المسلم فيه وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقين بينهما نزاع في التسليم وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح لغة نصف مناوعن الاصمعي هو الذي يوزن به او يكال به وقال ابو عبيد وزنه مائة دراهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة معناه ما يباع بالاراق كالادهان ونحوها والوتية بالتشديد اربعون درهما وهي افعوة من الواقية لانها تقي صاحبها من الضرر وقبل فعلية من الارق وهو النقل والجمع الاراق (با)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكائيل فاذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة * **قال** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عم الفضة بالفضة هاء و هاء معناه يد ايد وسنين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى *

قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام له قوله عم في الحديث المعروف يد ايد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد مزنة فتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليعين به

بالتشديد والتخفيف وعند الاطباء الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استارو ثلثا استارو في كتاب العين الوقية وزن من اوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل وفي شرح السنة في عدة احاديث وفيه ثم تحرف اليه وفيه قال الازهرى واللغة الحميدة اوقية كذا في المغرب ثم قال وكانهم جعلوا الخاص عاما في مكائيل الدهن فتقيل اوتية عشرية واوقية ربعية وارقية نصفية ومنها قوله في فتاوى ابي الليث رحمه الله ما يجمع ادهان من دهن يقطر من الاوقية هل يطيب له ام لا وعن ابي حنيفة رحمه الله ما رأينا قاضيا يكيل البول في الاواقى *

قوله لانها قدرت بطريق الوزن لانه يشق وزن الدهن بالامناء لانه لا يمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فانخذت الاواقى اذ لك تيسيرا بخلاف سائر المكائيل **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان اي في الطرفين هذا تعريفه وقوله يعتبر فيه قبض عوضيه هذا حكمه لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء و هاء بوزن هاء اي خذاي بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء و هاء اي يتمل كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** وما سواه اي ما سوى الصرف من العتود الواردة على الاموال الربوية **قوله** خلافا للشافعي رح في بيع الطعام وذكر لفظ الطعام مطلقة يتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس واتحد بان باع كرحضة بكر حنطة (او)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ومعنى قوله عم يد ايدينا بعين كذا رواه عباد بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض
لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف النقد والموئجل *

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار
فلا يتحقق الربوا والشافعي رحمه يخالف فيه لوجود الطعم على ما مر *

قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عندا يحنيفة رحمه وابي يوسف رحمه وقال محمد رحمه
لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثماً لا تتعين
فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت
باب طرأ حدهما الا ولاية للغير عليهما فنبتل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعين

او بكر شعيرة واتفقوا من غير قبض فانه يجوز العقد عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز
له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يد ايدي اي قبضا بقبض وانما كنى باليد عن القبض
لان اليد آفة القبض ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب اي كما لو باع ثوباً
بثوب او بثوبين وافتراقا عن قبض فان قيل اذا باع انا فضة بائناً فضة او بائناً ذهب يشترط
فيهما التقابض مع ان انا الفضة والذهب مما يتعين بالتعين فلنا ان الذهب والفضة خلقا
ثمين والتعين بالصنعة عارض فبقي شبهة عدم التعين نظراً الى الاصل فيشترط القبض اعتباراً
للسبهة في الربوا بخلاف الطعام فانه ما خلق للثمنية فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين *

قوله ومعنى قوله عليه السلام يد ايدينا بعين اذا اليد آفة التعيين كما هو آفة القبض فلم كان
حملة على القبض اولى بل حملة على هذا الحق لما روى عباد بن الصامت عينا بعين
فان قيل بعين هذا اللفظ اريد القبض في الصرف حتى لو افتراق قبل القبض بطل الصرف
فكيف يجوز ان يراد به التعين في بيع الطعام فلنا بل اريد التعين فيهما الا ان التعين في الصرف
لا يكون الا بالقبض فاشترط القبض للتعين لابعينه فلم يختلف المراد **قوله** وتعاقب القبض
لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس (يتعاقب)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذا في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة
بالحوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانها لانه كالمى كالمى
وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء *
قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من
اجزاء الحنطة والمعاير فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما
فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل *

يتعاقب القبض يعني ان التجار لا يفضلون في المالمية من المقبوض في المجلس وغير المقبوض
بعد ان يكون حالا بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة كان
العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه او بغير جنسه *

قوله ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد جواب اشكال وهو ان يقال اذا خرج في حقهما
من ان يكون ثمناف يعود وزنيا كان هذا بيع قطعة صغر تقطعتني صغر وذلك لا يجوز فلم يكن في ابطال
وصف الثمنية تصحيح هذا العقد فقال الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد وهما
في هذه المباعدة اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعرضا عن اعتبار صفة العد وليس من ضرورة
خروجها من ان يكون ثمنافي حقهما خروجهما من ان يكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي
وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة الكالمى من كلا الدين تأخر كلا فهو كالمى ومعنى
الكالمى بالكالمى النسبته بالنسبته **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي لا متساويا ولا متفاضلا
بالكيل ولا بغيره **قوله** لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة لان بالطحن لم يوجد
الاتفرق الاجزاء والشئ بالفرق لا يصير شيئا آخر فكانت المجانسة باقية من هذا الوجه ومن حيث
ان اختلاف المجانسة بين الشئين انما يثبت باختلاف الاسم والصورة والمعنى وقد تحقق
ذلك بالطحن وكانت حرمة الفضل ثابتة قبل الطحن وقد بقيت المجانسة من وجه فلا يزول
تلك الحرمة بالشك فاشترط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق ولم يوجد لان الكيل لا يسوي (بينهما)

(كتاب البيوع باب الربوا)

وبجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقيق الشرط * وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند
الحنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلىة ولا بيع السويق بالحنطة وكذا
بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

بينهما لاكتناز الدقيق وتخلخل جبات الحنطة فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة الفضل فان قيل
الحرمة في الربوا حرمة موقنة الى غاية وجود المساواة فلو ثبتت الحرمة بينهما على هذا الطريق
لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي ابد افع كان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو قوله
عليه السلام لا تبعوا البر بالبر الا متساويا وهذا فرع ذلك فيجب ان يكون على وفاق الاصل والا يلزم
ان يكون مثل ظهار الذمي وذلك لا يجوز لهذا المعنى على ما عرف قلنا الحرمة المتناهية في الربوا
هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة واما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل
فغير موقنة الا ترى ان حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا تنتهي الى غاية ولا تنتهي
بالمسوي بل تبقى الى ان يبقى النساء فذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم مكان
المساواة ويجوز بيع الدقيق بالدقيق وعند الشافعي رح لا يجوز لانه لا يعتدل في الدخول
تحت الكيل اذ هو ينكس ولهذا لا يجوز بيع الباقلاء بالباقلاء عند وكذا بيع الرطب بالرطب عند قلنا
المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهر واما بيان
الاتفاق في القدر ان الدقيق كيلى فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا اجاز السلم كيلا ويجوز بيعه
في الذمة كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رح
ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساوا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة *

قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح الى قوله لقيام المجانسة من وجه
اذ السويق اجزاء حنطة مقلىة والدقيق اجزاء حنطة غير مقلىة وبيع الحنطة المقلىة بغير المقلىة لا يصح
بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز بيع المقلىة بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق
فكذا بيع اجزائهما بل هذا احق لتوفر المجانسة هنا وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان (لا)

(كتاب البيوع باب الربوا)

قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة *

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحم وقال محمد رحم إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفروز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط

لاختلاف المقصود إذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والأطرية ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وإنما يلت بالسمن أو بالعسل فيوكل كذلك أو يشرب بالماء وعن أبي يوسف رحم أنه يجوز البيع متساويا لامتنافض لا لأن الدقيق قد يصير سويقا بأن يرش عليه الماء ثم يغلى فيصير سويقا ببغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال *

قوله قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهرسة وذلك لا يوجب اختلاف الجنس فكذا الدقيق مع السويق إلا أن يبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يضح في الإصح لعدم المساوي بينهما فإن المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي إذا قلت رطبة وضمورا إذا قلت يابسة وهذا التفاوت معتبرا لأنه يصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة لأنه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المساوي بينهما حنطة علكة أي يتلجج كالعلك من جودتها وصلابتها التلجج التمدد من غير انقطاع المسوسة بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام وفي الذخيرة وأما بيع المقلية بالمقلية فيجوز أن تساويا كيلا لا يبالغ المجانسة بينهما قائمة من كل وجه وذكر في المبسوط أنه لا يجوز كذا في النهاية **قوله** بلحم من جنسه بأن باع لحم الشاة بالشاة الحية وإنما قيد بلحم من جنسه لأنهما لو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة كما في بيع اللحم المختلفة على ما يجي هذا إذا كانت الشاة حية أما إذا كانت مذبوحة فغير مسلوخة لا يجوز (الـ)

(كتاب البيوع باب الربوا)

او من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسهم ولهما انه باع الموزون بمالين بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير * **قل** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند ابي حنيفة رح وقال لا يجوز لقوله م حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال م لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله م حين اهدي اليه رطباً او كل تمر خبير هكذا سماه تمر ابيع التمر بمثله جائز لما روينا

الا على سبيل الاعتبار بالاتفاق وان كانت مسلوخة مفصولة عن السقط جاز اذا تساوى وزنا والا فلا وسقط المتاع رذاله واراد به هنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والامعاء والطحال * **قوله** من حيث زيادة السقط بان قوبل اللحم باللحم او من حيث زيادة اللحم بان قوبل اللحم بالسقط **قوله** وصار كالحل بالسهم اي كبيع دهن السهم بالسهم فانه لا يصح الا بطريق الاعتبار بل اولى لان اللحم في الشاة ائين من الدهن في السهم لانه قائم بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما ثبت الربا بين الدهن والسهم لان ثبت هنا اولى **قوله** لانه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل اخرى لاسترخاء مفصله والميت لاسترخاء مفصله انقل من الحي والنساء لاسترخائهن اتقل من الرجال اصلا بنهم **قوله** بخلاف تلك المسئلة اي بيع الحل بالسهم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير فيكون حينئذ بيع الموزون بموزون من جنسه فلا يجوز الا مع التساوي وذلك مجهول والنهي عن بيع اللحم بالحيوان فيما اذا كان احدهما نسيئة كما ذكر مقيداً به في رواية وبه نقول **قوله** لا اذا اي لا يجوز اذا كان ينقص عند الجفوف وهذا اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن (قوله)

كتاب البيوع باب الربوا

ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبأخره وهو قوله عم اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عندا لنقلة *
قال وكذا الغلب بالزيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه

قوله ولانه لو كان تمرا الى آخره فان قيل فبالنظر الى هذا التريد ينبغي ان يجوز بيع الحنطة
المقلية بغير المقلية لان المقلية لا تخلوا ما ان كانت حنطة اولم تكن فان كانت حنطة يجوز بيعها
بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم تكن حنطة يجوز ايضا لقوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم قلنا هذا جواب جدلي لاجل دفع الخصم اما الجواب
لا يحنيفة رح عن قوله او ينقص اذا جف فاطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب وذكر
في المبسوط ودخل ابو حنيفة رح بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا شديدا عليه لمخالفة الخبر
فقال الرطب لا يخلو ما ان يكون تمرا ولم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام
التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش
ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رح
كيف يقال ابو حنيفة رح لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه
وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا الجواز ان يكون ههنا
قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لا يحنيفة رح الاستدلال بقوله عليه السلام
التمر بالتمر مثلك بمثل والتمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعد صورته الى
ان يدرك وما يتردد عليه من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين
كالآدمي يكون صبيته شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة
حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد فان قيل لو كان الرطب تمرا ينبغي ان يحث
فيما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل تمرا قلنا مبني الايمان على العرف وفي العرف الرطب (غير)

كتاب البيوع باب الربوا

وقبل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحظنة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلاً
كيلا عندنا لانه يبيع التمر بالتمر وكذا يبيع الحظنة الرطبة او المبلولة بمنثلها او باليابسة
او التمرا والزبيب المتقع بالمقع منهما متماثلاً عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو المال و ابو حنيفة رح يعتبره في الحال وهكذا ابو يوسف رح عدلاً باطلاق
الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا له هما

غير التمر وتاويل الحديث ان صح ان السائل كان وصياً ليتيم فلم ير رسول الله عليه السلام
في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق
الاشفاق لاعلى وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح انه سئل عن بيع
الرطب بالتمر نساء كذا روى ابو داود في سننه وبه نقول *

قوله وقبل لا يجوز بالاتفاق والفرق لا بين حنيفة رحمه الله بين بيع التمر
بالرطب وبيع الغنم بالزبيب على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ
التمر على الرطب في قوله عليه السلام او كل تمر خيره كذا ولم يرد باطلاق
اسم الزبيب على الغنم **قوله** لما روينا لهما وهو قوله عليه السلام لا اذا ولا يقال
وجب ان لا يصح بيع المبلولة بالرطبة ولا باليابسة كما لمقلية بغير المقلية لان الحظنة
في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربوا على هذه الصفة فاذا بليت بالماء عادت الى تلك
الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة في المعيار الشرعي جاز العقد واما الحظنة لم تخلق
مقلية حتى يكون هذا المادة تلك الصفة الاصلية قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله
ان الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله ان يبيع الحظنة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز
اذا بليت الحظنة وانتفعت اما اذا لم تنتفع بعد لكن بليت من ساعته يجوز بيعها باليابسة
اذا تساوى كذا في المحبط والذخيرة *

(قوله)

(كتاب اليبوع باب الربوا)

ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنقذ صورته لاقبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة **قال** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثابة الزيادة بالتجبر لان عند ذلك يعري عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساوياً له

قوله ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وهي بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها وبين الرطب بالرطب وكذا بين العنب بالعنب ان التفاوت في هذه الفصول يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وهو الحنطة والزبيب والتمر وفي بيع الرطب بالتمر مع بقاء احدهما وكان هذا تفاوتاً في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد **قوله** فان هذا الاسم اي اسم التمر له من اول ما ينقذ صورته لاقبله فان قبل انعقاد صورته اسمه الكفري وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كم النخل لانه يستمر في جوفه **قوله** والكفري عددي متفاوت هذا مجواب عما يقال الكفري لما لم يكن من جنس التمر وجب ان يجوز الاسلام في الكفري اذا جعل التمر رأس المال فاجاب ان الكفري عددي متفاوت فلم يحز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت اي بيع ثمرة الزيتون بالزيت وفي المغرب الزيتون من العصارة ويقال لثمرة الزيتون ايضاً ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الايض ويقال للعصير او النبيذ قبل ان يتغير شيرج ايضاً وهو تعريب شيرة (قوله).

(كتاب البيوع باب الربوا)

فالتجبر وبعض الدهن والتجبر وحدة فضل ولولم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا
والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدنه واللبن بسمه والغب بعصيره والنمر بدسه
على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن بجوز كيف ما كان بالاجماع

قوله فالتجبر وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان اكثر وقوله والتجبر وحدة الى
قوله او مساويا له فان قيل ينبغي ان يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم باي وجه كان لان
الدهن وزني والسمسم كيلبي قلنا المقصود من السمسم ما في السمسم وهو دهنه فيكون حينئذ
بيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان ما في السمسم مقصودا وتجبره ايضا مقصودا حتى جعل
بمقابلته شيء من الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرنا لكل واحد من الدهن
والتجبر الى خلاف الجنس كما في مسئلة الاكرار وهي بيع كرحضة وكرحشبر بثلاثة اكرار حضة
وكرحشبر قلنا ذاك الصر الى خلاف الجنس انما يصح في المنفصل خلقه كما في مسئلة الاكرار لانه
لما كان منفصلا خلقه امكن اعتباره منفصلا في حق الصر الى خلاف الجنس ايضا وفي المبسوط
والاصل في جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشئين يكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما
في الضمن اخرى وفيما اذا وجدت المجانسة عينا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع
تفيز حضة علكة بققير حضة قد اكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحضة بالدقيق يعتبر
المجانسة بما في الضمن حقيقة وان كان ذلك شيئا آخر حكما حتى ان الغاصب اذا غصب حضة
وطحنها يصير ملكا له ثم لا مجانسة بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر ما في الضمن **قوله** والشبهة
فيه كالحقيقة ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود
وانما المقصود الدر والنسل والاسامة وانه لا يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا
كما في الزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج الا ترى ان اللحم في الحيوان وان كان موجودا
حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى لو اخذ بضعة من لحم الحيوان لايحل تناولها عرفنا ان مقصود
اللحم حصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله **قوله** على هذا الاعتبار يعني ينبغي ان يكون المفرز (في)

كتاب البيوع باب الربوا

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراعاة لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البختي * **قال** وكذلك البان البقر والغنم ومن الشافعي رح انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا الجزاء هما اذا لم يتبدل بالصنعة * **قال** وكذا اخل الدقل بخل الغنم للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيرهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد * **قال** وكذا شحم البطن بالاية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا * **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا

في هذه الاشياء اكثر مما في هذه الاشياء والقطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما حقيقة وقيل لا يصح الا بطريق الاعتبار لان في القطن غزلا لكنه دقيق جدا والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان اي سواء كان القطن اكثر مما في الكرباس من القطن او اقل او مساويا بالاجماع * **قوله** وكذا البان البقر والغنم معطوف على قوله ويجوز بيع اللحمان المختلفة **قوله** وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود وهو التغذي والتقوي والاختلاف بعد ذلك يرجع الى الوصف **قوله** اذا لم يتبدل بالصنعة معناه ان للجزاء حكم الاصول ما لم يتغير بالصنعة كما في الدهن مع السمسم والعصير مع الغنم واذا تغير بالصنعة لم يبق له حكم الاصل كالخبز مع الحنطة والكرباس مع القطن والدبس مع الغنم يجوز البيع كيف ما كان وقيل معناه ان اختلاف جنس الاصول دليل لاختلاف جنس الفروع الا ترى انه لا اتحاد في المقصود فان مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البض وقد يضره البعض وينفعه البعض حتى ان ما يكون اصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالقمر مع الجواميس لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا ابدع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا وفي مسئلتنا لم يتبدل بالصنعة فيكون الاجزاء مختلفة كاصولها وشعر المعز وصوف (١)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحظنة مكيلة وعن
ابن حنيفة ر ح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا قدين فان كانت الحظنة نسبة جاز
ايضا وان كان الخبز نسبة يجوز عندا بيوسف ر ح وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز
في الصحيح ولا خير في استقراره عدد او وزنا عندا ابن حنيفة ر ح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتور

الغنم جنسان فان قيل يجب ان يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى
اعتبر اتجادهما في حق الالبان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا ان المقاصد فيهما
قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن واللبود
واللغافة انما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين
مختلفين وحصل من هذا ان ما يوجب اختلاف الجنس في الشيء ثلثة احدها اختلاف
الاصول كاللبان البقر والغنم وكذا الحومهما والثاني التبدل بالصنعة مع اتحاد الاصل كالوزاري
والزبد نجبي والخبز مع الدقيق وذكر في المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ
والدهن المرابي بالبنفسج مع غير المرابي يجوز بيع رطل من المطبوخ والمرابي برطلين
من غير المطبوخ وغير المرابي لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذكر في الذخيرة
لرباع قمقمة من حديد او صفرا ونحاس بقدمتين من جنسها يجوز يد ابيد لان الناس تركوا
وزنها مع الامكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن اعراض عن الاصطلاح على
الوزن وخر وجهها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم ان للصنعة تأثير في تغير
الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الاصل والصنعة كشعر المعز وصوف الضأن *

قوله لان الخبز صار عدديا اي عند محمد ر ح او موزونا اي عندا بيوسف ر ح **قوله** ولا خير فيه اي
لا يجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النفي فتعم نفي جميع الخبيرة وكذا السلم في الخبز
جائز في الصحيح اجترأ به عماروي عن ابن حنيفة ر ح انه لا يجوز وفي المبسوط واما السلم في الخبز فلا
يجوز عندا ابن حنيفة ر ح ولا يحفظ منهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول يجوز عندهما (على)

(كتاب البيوع باب الربوا)

والتقدم والتأخر وعند محمد رَحَّح يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رَحَّح يجوزنا ولا يجوز عددًا للتفاوت في آحاده * **قال** ولا ربوا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا إذا كان ماذونًا ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رَحَّح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصارت كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه * **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف والشافعي رَحَّح لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذ المسلم أخذ ما لا مباحاً إذ لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان

على قياس السلم باللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عن أبي حنيفة رَحَّح أنه قال لأنه لا يوقف على حدة معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم بهذه العلة اعتبر أبو حنيفة رَحَّح الاستقراض فيه لأن السلم أوسع باباً من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجز السلم في الخبز بهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف رَحَّح يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزناً يجوز وفي الذخيرة ذكر شيخ الإسلام خواهرزاده رَحَّح لا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد رَحَّح لا وزناً ولا عدداً وعلى قول أبي يوسف رَحَّح أنه يجوز وزناً واختار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف رَحَّح إذا أتى بشرائط الحاجة الناس لكن يجب أن يحنأ وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبداداً بالمسلم فيه وقت القبض *

قوله والتقدم والتأخر يعني في أول الثور وفي آخره **قوله** هذا إذا كان ماذوناً ولم يكن عليه دين لأنه لا يتحقق البيع فلا يتصور الربوا **قوله** لهما الاعتبار بالمستأمن أي يتحقق الربوا بين المسلم والمستأمن في دارنا فكذا في دارهم والجامع تحقق الفضل الخالي من العوض المستحق بعقد البيع والجواب ما ذكره في الكتاب (قوله)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

* باب الحقوق *

ومن اشترى منزلا فوفقه منزل فليس له الا على الا ان يشتره بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو له فيه او منه ومن اشترى بيتا فوفقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الا على ومن اشترى دارا بحدود هائلة العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينظم العلوانه اسم لما دبر عليه الحدود والعلوم من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلوم مثله والشيء لا يكون تبعامثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذا لا يكون فيه منزل الدواب فليشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا

* باب الحقوق *

قوله ومن اشترى منزلا فوفقه منزل المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مستقى ومطبخ يسكنه الرجل بعباله والبيت اسم لمستقى واحده دهلير والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مستقى فكانت الدار اعم من اخبثها لاشتمالها عليهما فاستتبع العلو ذكر الحقوق اولا والبيت اسم لما يات فيه والعلوم مثله بلاثفاوت فلا يدخل الا بالتخصيص والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلو فيه تبعا بذكر التوابع عملا لشبهه بالدار ولا يدخل بدونه عملا لشبهه بالبيت **قوله** بكل حق هو له اي للمنزل من الطريق والمسيل او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه نحو الميزاب او منه كالكنيف ونحوه اي يدخل الا على بواحد من هذه الالفاظ الثلاثة **قوله** والشيء لا يكون تبعامثله فان قيل يشكل على هذا المستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكتب قلنا المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحد بان يكون اللفظ موضوعا لشيء فعند ذكر الشيء ان يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعا لذلك الشيء يدخل تبعا للمذكور الذي وضع له اللفظ مقصودا او ما في الاعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ما هو مثله ايضا ولكن لما اعار لرجل فقد ملكه المنافع وولاية الاعارة للمستعير انما نشأت من تملكه المنافع كما ملك الا انه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل (بخلاف)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

هذه ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلوي جميع ذلك لان كل بيت يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو من علو وكما يدخل العلوي اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتوحا في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف **قال** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتره بكل حق هو له او يمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

بخلاف المال لان المستعارة مائة في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فمنع عنه حذار وقوع التغير به وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو الحق بتصرف يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى مقصوده عسى * **قوله** عند ذكر التوابع وهو قوله بكل حق او امثاله **قوله** وقيل في عرفنا العلوي يدخل في جميع ذلك قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلوي الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الادار السلطان فانه يسمى سراي **قوله** ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له والظلة هي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحا في الدار وكذا في المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التي فوق الباب **قوله** لم يكن له الطريق يعني الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء او حق القاء النجس في ملك انسان فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول (قوله)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلها للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم *

قوله بخلاف الاجارة فان هذه الاشياء تدخل فيها وان لم يذكر الحقوق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسيل والشرب فيدخل ضرورة تصحيح العقد فاما البيع فانه موضوع ملك العين لا الانتفاع بنوع معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به في الحال كالمهر الصغير والحش والارض السبخة ولا يجوز اجارتها وفي الفوائد فرق بين الاجارة وبين القسمة فان الدار اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكر وطريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابا به في ما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحريا لجواز القسمة كما في الاجارة والفرق ان في الاجارة موضع الشرب ليس مما يتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع بالمستاجر والاجر انما يستوجب الاجرا اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما فاما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاهدهما حقا في نصيب الآخر يتضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا به ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع اذا ذكر الحقوق وان امكنه ان يفتح الباب فيما ابتاع ويسيل ماء فيه وفي القسمة لا يدخل والفرق ان المقصود بالقسمة تمييزا احد المالكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا يشركه الآخر فيه فلا يصار الى الانتفاع بنصيب صاحبه الا عند التعذر والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخل بمقصود البيع فلهذا افترقا (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيينة فانه ياخذها وولدها وان اقربها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كما سمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة

باب الاستحقاق

قوله ان البينة حجة مطلقة حتى تظهر في حق كافة الناس لان البينة تصير حجة بالقضاء والقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فحجة قاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعه بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك لا بدله من زمان ومن سبب وفي الزمان والاسباب تراحم والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا يزاحمه زمان آخر فكان تعيين ذلك الزمان اولي والنسب ايضا سبب لا يزاحمه سبب آخر فكان تعيينه سببا اولي ولهذا قلنا لو ادعى ملكا مطلقاتم ادعى ملكا بسبب صحته الدعوى وعلى العكس لا تصح لان في الفصل الاول ادعى ما هو ناقص وفي الفصل الثاني ادعى ما هو زائد ولا يقال الملك المطلق لو كان ثبوته من الاصل وجب ان لا يترجح بينه النتائج على بينة الملك المطلق لان ثبوت الملك من الاصل في النتائج قطعي وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض الثابت قطعا ولا يقال بان ما ذكرتم من تعارض الزمان والاسباب موجود في الاقرار ولا يقضي بالملك فيه من الاصل لان الاقرار اخبار صيغة تمليك معنى لان الملك ثابت للمقر بظاهريه وانه يملك انشاء سبب الملك لغيره فمن حيث انه اخبار ان كان يوجب ثبوته في الولد كما في البينة فمن حيث انه تمليك لا يوجب استحقاق الولد فلا يثبت الاستحقاق في الولد بالشك فاما الشهادة فاخبار من كل وجه والشاهد ان لا يملك ان التمليك من المشهود له فاعتبر اخبار من كل وجه فيثبت الاستحقاق من الاصل (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد بالقضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا *

قال ومن اشترى عبدا فذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصاركما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقتراره اني عبد اذا القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذرا الا فيما لا يعرف مكانه

قوله يثبت الملك في المخبر به وهو كون الامة ملكا له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا اي في فصل البينة وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان الولد يوم القضاء اصل بنفسه فلا بد له من الحكم مقصودا دل عليه ما قال محمد رحمة الله فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا **قوله** ومن اشترى عبدا اي شخصا على ظن انه عبد وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد انما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع اني عبد ولم يأمره بالشراء او قال اشترني ولم يقل اني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم جميعا **قوله** على كل حال اي كان الراهن حاضرا او غائبا **قوله** لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة اي الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة او بالكفالة لما ان انواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة وذكر شمس الائمة رحمه الله في الجامع الصغير قول محمد رح مع قول انبي يوسف رحمه الله (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقبل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع .

قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة على ما هو موجه اي موجب البيع فانه يقتضي سلامته بازاء سلامته فيجعل العبد بالامر ضمانا لسلامة بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع ملك الحبس من غير عوض ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة **قوله** حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه هذا استدلال بجواز الرهن على ان الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدال البديل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن وانه حرام فلم يكن هذا غرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سبب للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص امواله لم يضمن المخبر بشيء لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وبخلاف الاجنبي فانه لا يبالى باخباره اذ لا علم له بحال العبد ظاهرا فلا يتحقق الغرور **قوله** لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود يضغرون في شهادتهم الى تعيين الام فيحرم (فرجها)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعناق فالتناقص لا يمنع لاستبداد المولى به وصار
كالمتخلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على
الاعناق قبل الكتابة *

قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم
فاستحققت الدار الاذراع منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي *

قال وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع
بحسب بدلان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل *
ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيها
يسقط لا تقضي الى المنازعة والله اعلم بالصواب *

فرجها على من يدعي انها ملكه وكذا بناتها وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق
الله تعالى لا يشترط الدعوى كما في عتق الامه حتى لو خلت عن تحريم الفرج كولد المغرور
وهو حر الاصل ولا يتضمن حرمة فرج الام لكون الدعوى فيه شرط والتناقص مانعا *

قوله لخفاء العلوق فانه قد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم حرية ابيه وامه فيتر
بالرق ثم يعلم بحريتهما فيه يدعي الحرية والتناقص فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة
الدعوى **قوله** كالمتخلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع وانما قيد بالثلث
لان فيسادهن الثلث يمكن ان يقيم الزوج البينة انه تزوجها بعد الطلاق الذي انبثته
المرأة ببينتها قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن **قوله** ومن ادعى حقا الى
آخرة وهذه المسئلة تدل على ان الصلح على معلوم عن المجهول صحيح لان الجهالة
في الساقط لا تقضي الى النزاع وعلى ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح
لان دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدهي ولو اقام البينة عليه لا تقبل
بينته الا اذا ادعى اقرار المدهي عليه بالحق فحينئذ يصح الدعوى وتقبل البينة (فصل)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امر فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

فصل في بيع الفضولي

في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خيره حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغبلة لهذا المعنى صار كالعلم له ولم يصرا الي واحد في النسبة كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من لبس بوكيل وفتح الفاء خطأ الاصل ان العقود تنوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن لها مجيز حالة العقد لا يتوقف وتقع باطله والشري لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا عليه يتوقف وقال الشافعي رح لا يتوقف عقد بانه ان الصبي المحجور عليه اذا باع ماله واشترى شيئا وتزوج امرأة او زوج امته او كاتب عبده او عقد عقدا يجوز عليه لو فعله وليه في حالة الصغر فاذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على اجازة وليه في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل ان يجيزه الولي فاجازة بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البلوغ من غير اجازة بعده ولو ان الصبي طلق امرأته خلعها او اعتق عبده على مال او بغير مال او وهب ماله او تصدق وزوج عبده امرأة او باع ماله بمحابة فاحشة واشترى شيئا باكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله او غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه فهذه العقود كلها باطله لا يتوقف وان اجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز لان هذه العقود لا مجيز لها وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة **قوله** لانها بالملك او باذن المالك اي لان الولاية الشرعية **قوله** ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية والقدرة اما بالملك او بالاذن (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

ولأنه تصرف تملك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخبره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وفرار الثمن

قوله ولأنه تصرف تملك هذا من قبيل اضافة العام الى الخاص اي تصرف وهو تملك وانما قيد بالتملك احتراز عن تصرف هو اسقاط كالأطلاق والعناق فان الصبي اذا طلق امرأته واعتق عبده على مال او بغير مال لا يتوقف على اجازة الولي ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله واشترى شيئا وتزوج امرأة وتزوج امته فان هذه التصرفات منه يتوقف على اجازة الولي او اجازة نفسه بعد البلوغ اما اذا صدر تصرف اسقاط من الفضولي بان طلق امرأة انسان او اعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لان له مجيزا حال وقوعه وقد صدر من اهله في محله أما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعا بالخطاب وأما بيان المحلية فان البيع تملك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للفاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا ترى انه لو باعه باذن المالك يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا او غير مالكا فان قيل اعتبار المتصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية احكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لكان تصرفه لانعدام حكمه فلنا الجواب عن هذا السؤال بطريقتين احدهما لانسلم ان الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يلقى بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات الملك البات ولهذا الواعق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب فاما الضرر ففي زوال ملكه وبالمالك الموقوف لا يزول ملكه الثابت والثاني ان السبب انما يلغو اذا خلا من الحكم شرعا فاما اذا اناخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب (وتارة)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيل هذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع * **قال** وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة

وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار والعلّة لا تبطل بتأخر حكمها لما نفع فان اصل البيع صحيح من المالك والحكم متأخر على اصل الشافعي رح الي ان يتفرق لانه تأخر لما نفع وهو الخيار وكذلك الرهانان اذا تباعا رهنا بغير ان المهرتين انعقد وتوقف الحكم لحق المهرتين وكذلك الطلاق الى شهر سبب للايقاع صحيح والحكم متأخر وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم والوجوب متأخر في حق المسافرين والمريض ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فانه لا ينعقد وان كان هو اهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيره صح والمحل موجود وهو المنكوحه لانا نقول ان الشرع الحق الصبي بالذي لا يعقل فيما يضره من الاحكام نظرا له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى وان تحققت الاسباب من ادراك وقت الصلوة وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة لان اللزوم ضروري في نفسه فالتحق شرعا بالبهيمة والطلاق اضرا لانه ابطال ما شرع مصلحة كالهبة فلا يبقى اهلا للكلام من ذلك الوجه كما لم يبق اهلا لوجوب حقوق الله تعالى *

قوله وغيره وهو حقوق العبد فانها لا ترجع الى المالك **قوله** وفيه نفع المشتري لانه اقدم عليه طاعا ولولم يكن فيه نفع لما اقدم عليه **قوله** كيف وان الاذن ثابت دلالة اي في حق الانعقاد لان النفع فيه **قوله** بمنزلة الوكالة السابقة من حيث ان كل واحدة منهما يثبت الحكم او من حيث ان كل واحدة منهما رافعة للمانع فان قيل لان سلم ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة لا ترى ان الفضولي اذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيره ثم اجاز المالك بيع الفضولي لا ينفذ بيع المشتري من الفضولي قلنا الملك الموقوف (اذا)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينارا وان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض بانيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث

اذا طرأ عليه الملك البات ابطال الموقوف وهما ملك المشتري من الفضولي يكون با تا باجازه المالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه من مشتري الفضولي *

قوله وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولي في النكاح اي الفضولي في البيع الفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه وليس للفضولي في النكاح ذلك يريد بدانه ليس له الفسخ بالقول وله ان يفسخ بالفعل بان زوج رجلا امرأة برضاها قبل اجازة الزوج وزوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول **قوله** لانه معبر محض حيث لا يرجع الحقوق اليه اذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي **قوله** ثم الاجازة اجازة نقد اي اجازة ان ينقد الثمن من ماله **قوله** لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على اجازة من اشترى له اي اذا وجد نفذا واما لو لم يجد نفذا على المعتاد فانه يتوقف على اجازة من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور اذا اشترى بالغير هما فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه واما اذا اضاف العقد الى الذي اشتراه له نحو ان يقول للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال الآخر بعته وقبل المشتري هذا البيع منه لاجل فلان او يقول البائع بعته هذا العبد من فلان بكذا او قبل الآخر لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل واما اذا قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البائع بعته منك هذا العبد بكذا لاجل فلان وقال المشتري اشتريت نفذا للشراء على نفسه ولا يتوقف وتحققه ان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي باععمال الغيبة مشتريا للعرض من وجه الشراء فلا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه بالتزامه (بخلاف)

(كتاب البيوع... باب الاستحقاق... فصل في بيع الفضولي)

في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح واولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاءه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك *

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالتحق جائزا استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا يعتق بدون الملك قال عم لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه

بخلاف البيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد قلنا بالتوقف لما لا يتضرر الغير به فاذا اجاز المالك البيع بالعرض كان مجيزا نقدا مملوكه عوضا عما اشترى وصار الفضولي مستقرضا عن المالك ما باعه وان كان حيا وان كان استقرضه يصح في ضمن الشراء وان كان لا يصح قصد الا انه يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشرطه والشراء مشروع فيكون ما في ضمنه مشروعا ويرجع عليه المالك بمثله ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا واعتبار جانب الشراء احق من البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل *

قوله في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينيا وعرضا **قوله** فلا يجوز باجازه غيره فان قيل بشكل بالامة اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازه الوارث ان لم يحل له وطئها قلنا الامه تصرفت باهلينها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح من خواصها وانما يوقف على اجازة المالك كيلا يتضرر المالك والوارث مالك كالمورث ولم يثبت لملك بات ليبطل الملك الموقوف **قوله** لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو بقاء المبيع فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وهما طرف البقاء راجع لان الاصل في كل موجود بقاءه ما لم يتيقن بالمزيل وهما لم يتيقن بالمزيل فكان باقيا عملا بالاصل قلنا ذاك عمل باستصحاب الحال وهو يصلح حجة للدفع لالاباث وهما يحتاج الى نفاذ البيع وثبوت الملك (في)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نقاذا حتى نقذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لا فائدة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه

في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظيراً لاستحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفعين بما في يده عند انكار المشتري ملكه حيث لا يكتفى به *

قوله والمصحح للاعتاق الملك الكامل لتو له عليه السلام لا اعتق فيما لا يملكه ابن آدم فان قيل الملك الناقص يكفي لصحة الاعتاق الا ترى انه لو اعتق المكاتب يصح والملك في المكاتب ناقص بدليل حرمة وطى المكاتب بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق ناقص وفي المكاتب على العكس فلنا نعم كذلك الا ان الكتابة ينسخ في ضمن الاعتاق لما ان عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وانما رضى بالاعتاق بالبدل كان ارضى للاعتاق بدون البدل **قوله** ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان يعني ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند اداء الضمان فالولى ان لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانية **قوله** وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه اي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق مع ان البيع اسرع نقاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه والمكاتب ولو اذنون يملكان البيع لا الاعتاق وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان فينبغي ان لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة ايضا **قوله** بتصرف مطلق احتراز عن البيع بشرط الخيار موضوع لا فائدة الملك احتراز عن الغصب لان الغصب ليس بموضوع لا فائدة الملك (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

فصار كعتاق المشتري من الرأهن وكعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله

قوله فصار كعتاق المشتري من الرأهن والجامع اعتاق في بيع موقوف **قوله** لان الغصب غير موضوع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يثبت الملك به ضرورة عقد اداء الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكما له بل هو يعرض ان يصير سببا عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك معدوما لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا مملوكا للمشتري فيلغوه هنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما ثبت هنا لضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها وغير موجود في حق الاحكام التي يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المضمون بداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وان لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو اشرافا فاحتمل البيع عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا كملك المكاتب **قوله** وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب ملك بات (وطروا)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

واما اذا ادعى الغاصب الضمان نفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رح وهو الاصح *

وطرأ الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى فقهي وهو انه لا يتصور اجتماعهما اعني الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم ادعى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائز او ان طرأ الملك البات الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف قلنا ان ثبوت الملك للغاصب ضروري لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري فان قيل الملك البات ليس بمانع للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفاً فاولى ان لا يكون رافعاً لان المانع اسهل من الرفع قلنا المانع او الرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما ظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما فاذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي **قوله** واما اذا ادعى الغاصب الضمان نفذ اعتاق المشتري منه هذا جواب بطريق المانع لما ذكر محمد رحمه الله بقوله وكذا الا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادعى الغاصب الضمان والمانع هو الاصح وفي المبسوط واما اذا اعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح انه ينفذ العتق ايضا كذا ذكره هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى وبعد التسليم هناك يملك المشتري من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم المالك لا حقيقة ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المالك في كسبه ولهذا لم ينفذ اعتاق الغاصب فكذا اعتاق من تلقى الملك من جهة وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فلهذا نفذ عتقه (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد
ثم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون
الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش
للمشتري بخلاف الاعناق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه

قوله فان قطعت يد العبد اي في يد المشتري من الغاصب وفي المبسوط وكل ما يحدث
للمجارية عند المشتري من ولد او كسب او ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند
اجازته ينفذ العقد ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد
وان كان تاما في نفسه لكن امتنع ثبوت الملك له لما نفع وهو حق المصوب منه فاذا ارتفع
ذلك بالاجازة يثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله واذا صححت الاجازة
كان القطع حاصلا في ملك المشتري فيكون الارش له ثم قال وهذا بخلاف ما اذا غصب
من آخر عبد افقطعت يده وادى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الارش للغاصب وان ملك
المضمون عند اداء الضمان من وقت الغصب لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت
الملك في المضمون مستند المكان الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل
اما البيع فبمسبب موضوع للملك فجاز ان يعمل في المتصل والمنفصل **قوله** بخلاف الاعناق
اي لا ينفذ اوراق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان
في البيع خيارا للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده يعني ان الخيار يمنع البيع
من كونه سببا للملك في الحال فلا يملك المحل اصلا اذا ملك انما يثبت بالسبب اما صفة
التوقف يجعل العقد كامضا فالى ما بعد الاجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببا في الحال
قوله ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه اي ان كان القطع قبل القبض

(كتاب البيوع... باب الاستحقاق... فصل في بيع الفضولي)

أوفيه شبهة عدم الملك **قال** فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرراً لا ينسخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عند همالانه لا يؤثر فيه الغرر *

قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البذل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البذل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبذل فتحقق الفوات

القبض لأن المبيع إذا لم يكن مقبوضاً للمشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن *

قوله أوفيه شبهة عدم الملك أي إذا كان القطع بعد القبض لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهين وجه **قوله** لما ذكرنا يعني أن الملك البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله كما لو اشتراه الغاصب أو اتهمه بطل بيعه بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه لأن أداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئاً ولأن فيه غرراً لا ينسخ إذ نفذ هذا البيع معلق بنفاذ الأول ونفاذ الأول معلق بإجازة المالك وهو ربما يجيز العقد الأول وربما لا يجيز فإن أجاز نفذ العقد الثاني والا لا ينفذ فتعلق نفاذه بما فيه خطر فيمتنع الجواز بخلاف الاعتاق لأنه لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض ويعد لا يجوز لأن فيه غرراً لا ينسخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين أنه مال الغير على أنه روي عن الشيخين رحمهما الله أنه يتوقف البيع كما يتوقف العتق فإن قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشريه وبيع الفضولي أي أنه لا يحمّل أن يجيز المالك بيعه ولا يحمّل أن لا يجيزه ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوف قلنا أصح بيع الفضولي موقوف لما ذكرنا أن فيه نفعاً للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري إلى آخره فرجحنا جانب النفع على جانب غرر الانقضاء فقلنا ينعقد موقوفاً ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثاني لأنه لم يحك المشتري الأول حتى يطلب مشترياً فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانقضاء (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثبت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

قال ومن باع عبدا غيره بغير امره واقام المشتري البيئته على اقرار البائع اورب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بيئته للتناقض في الدعوى اذا اقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبيئته مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار والمشتري ان يسأله على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلماذا شرط طلب المشتري الرد قال رح وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البيئته على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري *

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخره اولا يقول ولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب *

قوله بخلاف البيع الصحيح فانه اذا باع عبدا يباعا صحيحا ثم قتل في يد البائع لا يفسخ العقد لثبوت الملك عند القتل فامكن ايجاب البدل له فيعده المبيع قائما لقيام خلفه **قوله** وان اقر البائع بذلك عند القاضي انما قيد بقوله عند القاضي لان اقراره انما يثبت عند القاضي اذا اقر عنده لانه لا يسمع البيئته عليه للتناقض في الدعوى **قوله** وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ذكر محمد رحمه الله في الزيادات رجل اشترى جارية بالف درهم وقبضها ثم اقام الثمن ثم اقام البيئته على اقرار البائع ان الجارية لفلان وفلان يدعيها قبلت بيئته ولا فرق بينهما سوى ان البائع هنا اصيل وهناك وكيل وفرقوا ان العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة (ا)

(كتاب البيوع باب السلم)

* باب السلم *

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضي
اشهد ان الله تعالى احل

الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم
شرطه وقال بعض مشائخنا اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع الجامع الصغير
فيما اذا اقام بينة على اقرار البائع قبل البيع واقدامه على الشراء ينفي اقرار البائع
قبل البيع انه للمستحق فصار متافضا والمتافض لا يصح دعواه ولا يسمع بينته وموضوع الزيادات
فيما اذا اقام بينة على اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفي
اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متافضا فتقبل بينته والله اعلم

* باب السلم *

هو اخذ عاجل بأجل واخص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل
احد البدلين وتاجيل الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى ويسمى هذا العقد به لكونه معجلا
على وقته فان او ان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة
بما ليس بوجوده في ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمي سلما وسلفا وهو مشروع بالكتاب
فقد قال ابن عباس رضي اشهد ان الله تعالى احل السلم المرءجل وانزل فيه اطول آية وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والسنة وهو قوله عليه السلام
ورخص في السلم واجماع الامم والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع
موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم احق ولكن تركناه ههنا ذكرنا
ويصح بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كبرص فته كذا بكذا الى كذا على ان توثيقه في مكان
كذا وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه عقد خاص بثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يعدل منه ولنا
ان كل واحد منهما تملك مال بمال والبيع اسم جنس فاصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

السلف المضمون وانزل فيها طول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روي انه عم نهى من بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان ياباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذا المبيع هو المسلم فيه *

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بضمن مؤجل تحصيله المقصود المتعافدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك *

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها ليرتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدونات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده

قوله والسلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة وهو صفة مقرونة لامميزة كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ولا طائر يطير بجناحيه وقوله عليه السلام ما ابتقه الفرائض فلا ولي رجل ذكر **قوله** ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بضمن مؤجل هذا الاختلاف فيما اذا اسلم الحنطة او غير ذلك من العروض في الدراهم او الدنانير قال عيسى بن ابان رحمه الله يكون عقدا باطلا وكان ابو بكر الاعمش رحمه الله يقول ينعقد بيعا بضمن مؤجل اما لو كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دنانير فاند لا يجوز بالاجماع **قوله** ولا يمكن لان الدراهم والدنانير قولا يكون مبيعا لانهما خلقتا ثمنا والمسلم فيه مبيع **قوله** وكذا في المذروعات نجو الثياب والبسط والحصر والبوارى فان قيل ينبغي ان لا يجوز (ا)

(كتاب البيوع باب السلم)

تفاوتا فاحشا وتفاوتا واحدا في المالة يعرف العددي المتفاوت ومن ابي حنيفة رح
انه لا يجوز في بيع النعامة لانه بتفاوت آحاده في المالة ثم كما يجوز السلم فيها عددا
يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا
للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالمكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا

السلم في المذروعات لان السلم يثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم والنص ورد في الكيلبي
والوزني وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسام في كيل معلوم ووزن معلوم قلنا يلحق
المذروعات بهما بدلالة النص لما ان قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
انما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار مكان التسوية في التسليم على ما وصف
في المسلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل كذلك يتحقق بالذرع فيجوز السلم في المذروعات
بطريق الدلالة فان قيل انما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا
عبارة قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك ينفي الجاق المذروع قلنا العام من الكتاب
اذا خص لا يبقى الباقي حجة عند الحسن فكيف في السنة وعلى القول المختار وان بقي
حجة لكن مرتبة دون مرتبة القياس وخبر الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس
وخبر الواحد ولا شك ان دلالة النص اقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجب اثبات الحدود
والكفارات بالدلالة ولم يثبت شيء من ذلك بالقياس وخبر الواحد وذكر في الايضاح
وانما جوزنا السلم في الثياب استحسانا لانهما مصنوع العبد والعبد يصنع بالآلة واذا اتحد
الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الاقليل تفاوت قد يتحمل قليل التفاوت
في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات الا ترى ان الاب لو باع بغين يسير كان متحلا
ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجوز لانها ائمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل * ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقئ فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير *

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عدي متفاوت لامقدورها

قوله وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانها ائمان وهذا الخلاف مبني على الخلاف في بيع الفلاس بالفلسين باعيانهما ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع والفرق ان من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعا وانما مهمما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد ثمننا اما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثنيا فان بيع الائمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا يتضمن ائمانهما على البيع اطلاقا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمننا كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنتين **قوله** ببيان الجنس نحو الابل والسن نحو الجذع ثني والنوع نحو البختي والعربي والصفة نحو السمين والهزيل بان يقول بعير بختي بنت مخاض جيد او عبد تركي ابن عشرين سنة جيد **قوله** حتى العصافير جواب سوال بان يقال السلم في الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي ان يصح السلم فيها فاجاب بان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان **قوله** ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع (معتبر)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزم ثمانية شبرا وذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت *

قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولما قلدهم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدوا صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتخصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لينتمكن من التخصيل *

معتبر فيما بين الناس بما كسبون فيه ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه *

قوله ولا في الجلود عدد اي في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك رحمه الله يصح السلم في رؤس الحيوانات وجلود عدد القلة والتفاوت

قوله ولا في الحطب حزما او اقرار الان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك فهو جائز كذا في المبسوط **قوله** ولا في الرطبة جرزا بتقديم الراء المهملة

على الزاء المعجمة وهو القبضة من الفت ونحوه والحزمة لانها قطعة من الجرز وهو النقطع ومنها قولهم باع الفت جرزا وما سواه تصحيف كذا في المغرب واما الجزز بكسر الجيم

والزائين المعجمين جمع الجزرة وهي الصوف المجزوز وهذا ليس بموضعه **قوله**

اذا كان على وجه لا يتفاوت اي بالشد نحو العصا اما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة **قوله** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه

موجودا من حين العقد الى حين المحل هذه المسئلة على وجوه اربعة ان كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن ايدي الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقا وان كان منقطعا وقت العقد

موجودا في ايدي الناس عند المحل او كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعي رح وان كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل يصح (اتفاقا)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجودة لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كما باق المبيع قبل القبض *

قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع * ولا يجوز السلم فيه عدد اللقوات * ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تنقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند * *

قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعاً معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف

اتفاقا وحدا لا نقطاع هو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا في الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها الحديث دل على ان القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله حتى يبدو صلاحها فائدة وعلى ان الوجود معتبر من حين العقد الى حين المحل *

قوله ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار وقال زفر رح يبطل العقد ويسترد رأس المال **قوله** للعجز عن تسليمه فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين **قوله** والعجز الطارئ على شرف الزوال بان يصبر الى ان يوجد وبه فارق الهلاك فالمعقود عليه في البيع عين ثم فات اصلا وفي السلم المعقود عليه دين في الذمة وهو باق لبقاء الذمة **قوله** وقالا اذا وصف من اللحم موضعاً معلوما بصفة معلومة جاز وفي الذخيرة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح ان اباين الجنس بان قال شاة او بقرة وبين السن بان قال جذع او ثني وبين النوع بان قال خضي او فحل وبين صفة اللحم بان قال سمين او مهزول وبين الموضع بان قال من الجنب مثلاً وبين القدر بان قال عشرة امناء فالجهالة تنعدم بهذه الاشياء * (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا وتجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور
لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمه وهزاله
على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على
الوجه الثاني وهو الاصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل
من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به وفي وقته اما الوصف فلا يكتفى به *
قال ولا يجوز السلم الا موجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم

قوله ولهذا يضمن بالمثل اي عند الاتلاف ايضا ح لقوله موزون مضبوط الوصف
وكذا قوله ويصح استقراضه وزنا لان الاستقراض لا يصح الا في المثليات وتجري
فيه ربوا الفضل لعللة الوزن والوزن وضع لتقدير المثليات فكان مضبوطا فيصح
السلم فيه كما في الآية والشحم **قوله** بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع
منه اي من لحم الطيور لان مضوجنس الطير قليل ولا يشتري لحم العضو مادة
قوله او في سمه وهزاله وللسمن والهزال درجات متفاوتة فلا يضبط المالمية بذكرهما
قوله وهو الاصح لجواز ان يكون معلولا بعنتين فعدم احدهما لا يدل على عدم الجواز
قوله وكذا الاستقراض اي ممنوع ايضا واثن سلم فالمثل اعدل من القيمة لانه يماثل صورة ومعنى
والقيمة لا يماثل صورة والموجب الاصلي رد العين فيهما والمثل اقرب الى العين فكان اعدل
منها ولان القبض محسوس معاين في القرض فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول
والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل
قوله ولا يجوز السلم الا موجلا وقال الشافعي رح يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم
فمن اصل الشافعي رح حمل المطلق على المقيد وهنالم يحتمل مطلق قوله عليه السلام
ورخص في السلم على المقيد من قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم فقال انما تركت اصلي لاني وجدت الاصول (متعارضة)

(كتاب البيوع باب السلم)

ونأقوله ءم الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفا ليس
فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم

متعارضة حيث وجدت المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على اصلي وهذا دأبه كما يقول
ترك اصلي في كفارة اليمين لاني وجدت الاصول متعارضة فان صوم المتعة مشروع بصفة
التفرق وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع فتركت صوم كفارة اليمين مطلقا على حاله
ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في الظهار ومن اصل علمائنا راجح انه
لا يحمل المطلق على المقيد اذا امكن العمل بهما فاما اذا لم يمكن كما في النصين في صوم
كفارة اليمين عملنا بالتتابع بطريق الزيادة وهنا لما ورد الاطلاق والتقييد في الحكم وهو
جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقييد بشرط الاجل وصفا
زائدا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل بهما فعملنا بالزيادة لا على طريق حمل المطلق
على المقيد احتج الشافعي رح في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد اثبت في السلم رخصة
مطلقة فاشترط التاجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون
الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة ولان الظاهر من حال العاقل انه لا يلتزم
تسليم ما لا يقدر على تسليمه فكان الظاهر انه يقدر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد واثم
لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم
ولهذا اوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم ولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة
الحالة قال فاني لا اجوز الكتابة الحائمة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء
فلا يكون قادرا على تسليم البدل وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل الا بمدة فلهذا
لا اجوزة الا مؤجلا وحجتنا فيه قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر
والمراد بيان ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من اراد الصلوة فليتوضأ لان (يكون)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولو كان قادراً على التسليم ولم يوجد المرخص فبقي على المنا في *
قال ولا يجوز الأجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه منفضة الى المنازعة
كما في البيع والأجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول
اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره
لانديتاً خريفه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة

يكون المراد انه اذا السلم مؤجلاً ينبغي ان يكون الاجل معلوماً وقال صاحب الاسرار فيه
وظاهرة تحريم السلم على من اراد الابهذه الاوصاف كمن قال لاخر من دخل داري
فليدخل غاض البصرو من كلمني فليكنم بالصواب فتقييد المطلق في حديث الرخصة
بهذا وفيه اشكال لانه لا يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور في الحديث اذا السلم
صح في المذروع والمعدود فكان الحديث ساكتاً عن بيان السلم الحال وما رواه ناطق فصيح
ويمكن ان يقال ان الاصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه
الامؤجلاً وما روي حكاية حال لا عموم له وقد اراد به السلم المؤجل اجماعاً فلم يرد غيره لتلايم *
قوله ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فان قيل الرخصة ثابتة في حق
من قدر على التسليم وفي حق من لم يقدر ولو كانت شرعيتها دفعة لحاجة المفاليس
لاختصاص بحالة الافلاس فلنا شرعيتها لدفع حاجة المفاليس والافلاس امر باطن لا يمكن
التوقف على حقيقته والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبنى على السبب
الظاهر الدال على الحاجة ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة ونظيره
اقامة السفر مقام المشقة واقامة النكاح مقام الماء في النسب **قوله** فبقي على المنا في وهو
قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والاجل ادناه شهر وهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف
ليتخصن دينه عاجلاً انقضاه قبل تمام الشهر يرفأ اذا كان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما
فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام كالاجل في شرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل (ما)

(كتاب البيوع باب السلم)

وقدم من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسطك انصاع مثلاً فان كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف ر **قال** ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعثر به آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار م حيث قال ا رأيت لو اذهب الله تعالى التمر بمن يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لابس به على ما قالوا كالخشمرا ني ببخارا والبساخي بفرغانة **قال** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيدة او ردية ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف وكذا وزناً و اجل معلوم .

ما قبض في المجلس والمؤجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من نصف يوم عادة **قوله** وقد مر من قبل اي في اول كتاب البيوع **قوله** مما ينكس بالكبس اي يمتلي جدا اذا بولغ في ملأه **قوله** واليه اشار النبي عليه السلام حيث قال ا رأيت اي اخبرني لو اذهب الله التمر بهم يستحل احدكم مال اخيه يعني به رأس المال قاله حين سئل عن السلم في تمر حائط **قوله** ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لابس به على ما قالوا اي لبيان ان صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط واذا اسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن ايدي الناس فلا خصومة فيه كما لو اسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مرادة قرية من القرى تسمى هراة وطعام تلك القرية يتوهم ان تصيبها آفة لها اما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق والشام سواء وان اسلم في ثوب هروي فلا بأس به ومن اصحابنا من يقول بان الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالجراد قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حوكة هراة وهذا ضعيف فالوباء قد يستأصل حوكة هراة ولكن المعنى الصحيح في الفرق ان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي (ما)

(كتاب البيوع باب السلم)

والأصل فيه ماروينا والفقه فيه ماينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقدارة كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل وموئنه ولا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معيناً ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان لهما في الأولى ان المقصود يحصل بالاشارة

ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هروبا بمنزلة الزندنجي والوذاري والى هذا اشار في الكتاب فقال الثوب الهروي من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعني بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة الهراة ماتبت بارض هراة حتى ان النابت في موضع آخر لا تنسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعينا للمكان وذلك يتوهم انقطاعه قال مشائخنا ان نسب الى موضع يعلم ان مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد ايضا كالخشمراني بخارافانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص به ما ينبت بتلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة السقي ما يستقى سمحا فعيل بمعنى مفعول والبخسي بخلافه منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء *

قوله والأصل فيه ماروينا هو قوله عليه السلام من اسلم منكم الى آخره والفقه ما بينا وهو قوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة **قوله** ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقدارة احترزه عما اذا كان رأس المال ثوبالان الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقدارة واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا واشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فجهالة قدر الذرعان بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد * (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كما لتحقيق لشروعه مع الماني بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لا نذر وع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقداراً واحداً

قوله فأشبه الثمن بأن يقول اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها والأجرة بأن يقول استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها **قوله** وصار كالثوب بأن يقول أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر النذر أو **قوله** فلم يعلم قدره لا يدري في كم بقي فإن قيل في هذا اعتبار شبهة الشبهة وأكثر ذلك لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة واحتمال لأنه يحتمل أن لا يجز زيوفاً وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل والمعتبر هو شبهة دون النازل عنها قلنا هذه شبهة واحدة لأن كلامها مبني على وجود زيوفاً كانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كما لتحقيق لشروعه مع الماني هو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأنه يبيع المعدم ألا ترى أنه عليه السلام كيف اعتبر الهلاك الموهوم في تمر حائط بعينه وكيف اعتبر توهم الهلاك في مكيال رجل بعينه **قوله** ومن فروعه إذا أسلم في جنسين أي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما بأن أسلم مائة درهم في كبروك وشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لا يصح عندها بحقيقة روح لأن إعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالخزروا الظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد منهما معلوماً حتى لو كان من جنس واحد يصح لأن رأس المال ينقسم عليهما على السواء أو أسلم جنسين ولم يبين مقداراً واحداً بأن أسلم دراهم ودينارين في كبروك وشعير ولم يبين وزناً واحداً ولم يعلم وزناً آخر لا يصح عنده لأن إعلام قدر رأس المال شرط عنده فإذا لم يعلم (أحدهما)

(كتاب البيوع باب السلم)

وأما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه

احد هما بطل العقد في حصته فيبطل في حصته الآخر لجهالة حصته الآخر ولا اتحاد الصفقة
قوله ولهما في الثانية اي في المسئلة الثانية وهي بيان مكان الايفاء لا يحتاج
اليه عندهما واكن اذا شرطه صح وان لم بشرطه يتعين مكان العقد للتسليم لوجود
العقد فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه اي في كونه مكان العقد فان قيل لو تعين
مكان العقد لتسد بيان مكان آخر كما في بيع العين فانه لو اشترى كرهضة وشرط
على البائع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه في المصر او خارج المصر اشتراه
بجنسه او بخلاف جنسه والمسئلة في الذخيرة فلما عين مكانا آخر بالنص صار أولى من مكان
العقد الذي كنا نعينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص غير ان هذا الشرط يفسد
بيع العين لان المشتري يملك العين بالشراء فاذا شرط عليه حملا زائد انقضى شرط عليه
عملا في ملكه مع ما اشترى العين منه ثم سمي الثمن بازاء ذلك كله فصار ما يتقبل الحمل
اجارة فيصير صفقة في صفقة فيفسد بالشرط التاسع و رب السلم لا يملكه عينا قبل القبض فيكون
النقل الى مكان آخر عملا من البائع في مال نفسه فلا يصير مواجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط
صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا وفي الفوائد الظهيرية فان قيل لم قلتم بان في البيع يتعين مكان
البيع مكانا للتسليم والدليل على ان لا يتعين ما روي عن محمد ربح في رجل باع طعاما والطعام
في السواد فان كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع
مكانا للتسليم لما كان له الخيار فلما كان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم
حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه وانه حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفي بيع العين
اذا كان المبيع حاضرا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه في المكان
الذي استحق تسليم الثمن وفي السلم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فليستحق
تسليم ما يقابل في ذلك المكان ايضا تسوية بينهما بقدر الوسع والامكان (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر فصار القرض والغصب ولا يحنق فيه ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تقضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكس ذلك لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسم دارا وجعلها مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة **للايفاء قال** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لان ذلك يختلف قيمته ويؤفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات ان ديونته في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عيننا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصير فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباین اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا *

قوله فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزارح نظير اول وقت الصلوة لنفس الوجوب من حيث انه كماله يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ماسيأتي من الزمان ويحتمل ان يراد مكان العقد يصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي راجع **قوله** فصار كقرض والغصب فان التسليم فيهما يجب في مكان تحقق القرض والغصب **قوله** لا يحنق فيه ان التسليم غير واجب في الحال اي في السلم وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا يدري انه في اي مكان يكون ثم قال رأيت لوعقد عقد السلم في السفينة في لجة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لا يقوله عاقل **قوله** وصار كجهالة الوصف يعني باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم فصار كجهالة مكان التسليم كجهالة الصفة **قوله** وعن هذا اي وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كما في الصفة (١)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان ينفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بأجل اذا الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولا ندلا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسلم

اي الاختلاف في صفة الثمن او المثلن يوجب التحالف وفي كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في حق جريان التحالف وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده وعندهما يوجب لان تعيين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيه لا يوجب التحالف بالاجماع فيجب ان يكون ههنا كذلك وعندا يحنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن الموجل بان باع عبد ابرموصوف في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الايفاء للبرعندة في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة بان استاجردارا اود ابنة بماله حمل ومؤنة ديناي في الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان اقتسما ارا او شرط احدهما على صاحبه شيئا بماله حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء في نصيبه فعندة يشترط بيان مكان الايفاء لصحة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان التسمية للايفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع وقيل ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو امرنا اننا نحمله الى مجلس القضاء لا يحمله مجانا وقيل هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج في نقله الى المؤنة كالخطة والشعير وما لا يحتاج فيه اليها فهو ما لا مؤنة له كالمسك والكافور *

قوله وان كان عينا كالثوب والحيوان فلان السلم اخذ عاجل بأجل فيشترط كون احد البديلين فيه معجلا كما يشترط ان يكون الاجر مؤجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم (لغة)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما ولا احد هما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لفرقة وقد مر نظيرة وجملة الشرط وجمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايغاء والقدرة على تحصيله * فان اسلم مائتي درهم في كرحطة

لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود يثبت احكامها بمقتضيات اساميتها لغة فكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض بالعقد فانه انتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما في عقد الصرف وقال مالك رحمه الله يجوز عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا * **قوله** ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط ايضا حاشا لشرط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد مستحقا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افتراقا بعد القبض ثم اجاز المالك صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لأن امتناع الملك ليس بقضية السبب فان السبب وجد مطلقا لا مانع فيه وانما امتنع الملك لتعلق حق ثالث فاذا اجاز المالك التحقت الاجازة بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه لا يفيد ان فائدة الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا ارد المقتبض عاددينا كما كان بخلاف الاستصناع لانه مبيع عين فبردة ينفسخ العقد فكان مفيد اولان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام الرؤية **قوله** وقد مر نظيرة وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل **قوله** اعلام رأس المال اي قدر رأس المال في المكبل والموزون والمعدود واعلام المسلم فيه قدرا (و)

(كتاب البيوع باب السلم)

مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فاسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فيعتقد صحيحا

وجنسا وصفة والقدرة على تحصيله بان كان موجودا من حين العقد الى حين المحل * **قوله** مائة منها دين على المسلم اليه انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد مائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للعقد فوجب فساد الكل **قوله** ولا يشيع الفساد وهذا لا يشكل على قولهما لان الفساد اذا تممكن في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله فمشكل لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر ايضا عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطا لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة الان هذا في الفساد المقارن الذي تممكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في ذاته فقد وقع صحيحا فلهذا المعنى افتراق قبل هذا اذا اسلم مائتين مطلقا ثم نقصا المائة بما عليه فاما اذا قال اسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عندي بحنيفة رح لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطا في الباقي فيبطل الجميع والصحيح ان الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ما ذكرتم منتقض بمسائل ثلث احد بها ان الرجل اذا قال ان بعث هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعه بهما يحث ويلزمه التصديق بالكر والدراهم وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية ان الرجل اذا باع دينارا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبا فالبيع فاسد الثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين (فالبيع)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلم فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لأنه تصرف فيه فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله عم لا تأخذوا من أموالكم أموالاً إلا بالقبض ولا يفسخ ولا لأنه أخذ شبهها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا إن الأقالة يبيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً سقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله

فالباع فاسد ولو كان الإطلاق والتقييد سواءً لجاز العقد أن وملاحظ في المسئلة الأولى قلنا أما الأولى فنحن ندعي أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقاً لا جوازاً فلا يلزم لأنها تتعين جوازاً فلذلك حث ولزمه التصديق بها وأما الثالثة فلأن البيع إنما لم يجوز لمكان التهازل بالبيع لأن هذا بيع بلائمن فيكون منهما تهازلاً به وهي تتعين في حق الجواز وهكذا نقول في المسئلة الثانية لانتقاض الصرف باختلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الآخر فيتحقق البيع بلائمن فيمتنع الجواز باعتبار التهازل *
قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال إلى قوله ولا يجوز الشركة والتولية وصورة الشركة أن يقول رب السلم لا آخراً عطني نصف رأس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه وصورة التولية أن يقول رب السلم لا آخراً عطني مثل ما أعطيت للمسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك وأنه يبيع بعض المبيع قبل القبض أو يبيع كله فإن قيل فاي فائدة في تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكرنا لا عم منهما وهو قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض قلنا أن أحد الأيشتري المسلم فيه مراوحة لكونه ديناً ولا وصيعة لكونها ضرراً ظاهراً وإنما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية أو في بعضه وهو الشركة ولذلك خصهما بالذكر لتصور التصرف فيهما من هذا الوجه **قوله** لا تأخذوا من أموالكم إلا بالقبض أي المسلم فيه حال بقاء العقد ورأس مال أي عند الفسخ **قوله** وهذا إن الأقالة يبيع جديد في حق الثالث وهو حق الشرع وهو حرمة الاستبدال هنا وهذا التعليق (بيان)

(كتاب البيوع باب السلم)

الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف
زفر ربح وأحجة عليه ما ذكرناه *

قال ومن اسلم في كرحظة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا او مررب السلم
بقبضه قضاء لم يكن قضاء عليه وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكثاله له ثم اكثاله لنفسه جاز

بيان ان رأس المال اخذ شبهها بالمبيع وهو ان الاقالة في حق غير المتعاقدين كعقد مبتدأ
وحرمة الاستبدال غيرهما وجانب المسلم فيه لا يحتمل العقد المبتدأ اذ لا يمكن جعل
المسلم فيه مبيعا لانه دين يسقط والسلم يثبت الدين وجانب رأس المال يحتمله فجعل رأس المال
مبيعا لانه دين يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورة *

قوله الا انه لا يجب قبضه في المجلس اي الا ان رأس المال لا يجب قبضه بعد الاقالة في مجلس
الاقالة هذا الاستثناء لجواب شبهة وهي انه لما ذكر ان الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة
بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفي بيع السلم كان قبض رأس المال في مجلس البيع شرطا فيجب
ان يكون قبض رأس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطا فاجاب عنه بهذا وقال لا يشترط
قبض رأس المال في مجلس الاقالة وان كان يشترط قبضه في عقد السلم لان ذلك بيع
من كل وجه في حق الكل وهذا نسخ في حق المتعاقدين وليس من ضرورة اشتراط القبض
في البيع من كل وجه اشتراط القبض في البيع من وجه دون وجه وذلك لان اشتراط القبض
في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع
الكالئ بالكالئ فلا يشترط القبض **قوله** وفيه خلاف زفر رحمه الله فانه قال يجوز التصرف
في رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهما لما تناقلا السلم وجبت الدراهم دينيا في الذمة
فلا يكون استبدال رأس المال كما في عقد الصرف بعد الاقالة ولان حرمة الاستبدال لوجوب
القبض في المجلس ولا يجب قبض رأس المال في مجلس الاقالة وقلنا القياس جواز التصرف
فيه قبل القبض الا ان القياس تركناه في السلم لما روينا ولما ذكرنا من المعقول (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ والسلم وان كان سابقا لכן قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكرجاز لان القرض اعاره وان يعتد بلغظ الاعارة فكان المراد عين الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان

قال ومن اسلم في كرفا مررب السلم ان يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه درهم دين فدفع اليه كيسا لينزها المديون فيه لم يصرف قبضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قبضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امرة بالطحن

قوله لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل صفقة جرت بين المسلم اليه وبالسلم **قوله** وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المراءحة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين **قوله** والسلم وان كان سابقا لכן قبض المسلم فيه لاحق جواب سؤال وهو ان يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي فاجاب ان السلم وان كان سابقا نقبض المسلم فيه لاحق وللقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكانهما مجداً ذلك العقد على المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد تناول ديناً في ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حكم عقد خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدالاً بالمسلم فيه وهو حرام وما فيما وراه فهو غيره حقيقة فصار بائعاً ما اشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لانه اعاره حتى يعتد بلغظها فكان المقبوض عين حقه تقديراً ولا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسبية (فلم)

(كتاب البيوع باب السلم)

كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشري للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشري من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشري في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشري ان يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيه ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا

فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة والدليل على ان للقبض في باب السلم حكم عقد جديد ما قل في الزيادات لو اسلم الى اجل مائة درهم في كره خطه ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كره خطه بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بانل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذلك اذا جعل عند القبض كانهما جدد العقد عليه *

قوله كان الطحن في السلم للمسلم اليه ولا يكون لرب السلم ان يأخذ لانه حينئذ يصير مستبدلا **قوله** ويتقرر الثمن عليه لما قلنا اي ان الامر قد صح حيث صادف ملكه فان قيل في فصل الشراء ينبغي ان لا يصح الامر ايضا في حق ثبوت القبض لان البائع لا يصلح وكيلا عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصالح يصح قلنا امره بالطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض حكما وجاز ان يثبت الشيء حكما وان كان لا يثبت قصد **قوله** ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشري في الصحيح احتراز عما قيل بانه لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ضاع البائع وصاع المشتري **قوله** لانه نائب عندي لان البائع نائب عن المشتري في الكيل **قوله** والقبض بالوقوع في غرائر المشتري اي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري كان هذا جواب اشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون متسلما وقابضا (لان)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولوا جمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثلته يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مرادة البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لان البائع صار وكلا في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغرائر للبائع روي عن محمد رح انه لا يصير قابضا * **قوله** ولوا جمع العين والدين بان اشترى كرحنطة واسلم ايضا في كرحنطة فالمسلم فيه دين والمشتري عين **قوله** وبمثلته يصير قابضا لان القبض تارة بيده او بتخليته منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل اليس ان الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستاجر هو وب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصير قابضا هنا باعتبار قلنا المعقود عليه ثم الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصير قابضا **قوله** وهذا الخلط غير مرضي جواب سوال ذكر في الفوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فينبغي ان لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم قلت بانه حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر قابضا حصل باذنه وهو اذا بدأ بالعين وقال الامام قاضيهان رحمه الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله اذا كال الدين او لاثم كال العين بعدة صار قابضا للدين ضرورة اتصاله بملكه حكما لو كال العين او لاثم كال الدين وعند محمد رحمه الله ان كال العين او لا يصير قابضا لهما وان كال الدين او لا يصير قابضا للعين دون الدين (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ومن اسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم اليه ثم تذايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تذايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذ اجاز ابتداء اولى ان يمتنى انتهاء لان البقاء اسهل واذ انفسخ العقد في المسلم فيه

قوله ومن اسلم جارية في كرحنطة الاصل في جنس هذه المسائل ان في بيع المتباضة وهو بيع ما يتعين بدايتعين هلاك احدهما لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها وهلاكهما يمنع الاقالة ابتداءً وبقاءً والمعنى في ذلك ان الاقالة صحتها بقيام العقد لانها فسخ العقد وفسخ العقد بدون العقد لا يكون وفي المتباضة العقد قائم بقيام احد العوضين لان قيام العقد عند قيامهما لان احدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه واذ كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك احدهما لمعرف ان الثابت بالشئيين لا يزول بزوال احدهما فيكون قائما بقيام احدهما فيصح الاقالة وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بدايتعين لان ما يتعين لضرب مزينة على ما لا يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكما وما لا يتعين مال حكما لا حقيقة لانه دين ولهذا الوقال مالي في المساكين صدقة ولدديون على ملي او منلس لا يدخل واذ كان ما يتعين مخصوصا بضرب مزينة على ما لا يتعين لا بد من ابانة هذه المزينة ولا يمكن ابانة حال الانعقاد لا افتقار الانعقاد اليهما فيجب ابانة حال البقاء فبقينا العقد ببقائه فصحت الاقالة باعتبار بقاءه ابتداءً وبقاءً وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصرف يصح الاقالة وان هلكا او هلك احدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداءً فكذا في الانفساخ بقاء لان قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبهما في الذمة قد بطل بالقضاء لان الديون تقضى بامثالها فكان كل واحد من البدلين قائما في الذمة بعد القضاء ولهذا صح الخط والبراء بعد القضاء **قوله** فماتت في يد المشتري اي المسلم اليه وانما سماه مشتريا نظرا اليه اشتراؤه التجارية بالحنطة التي هي دين فكانت التجارية هي المبيعة من كل وجه (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

انفسخ في التجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تغايل فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تغايل بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو التجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء فلا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه **قال** ومن اسلم الى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت رد يا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة

قوله انفسخ في التجارية تبعا يعني لانفساخ العقد في المسلم فيه وان لم يصح النسخ في التجارية بعد هلاكها تصد لما عرف ان ما ثبت ضمنا وتبع الشيء لا يعطى له حكم نفسه فيجب رد قيمتها والقول في القيمة قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم فان قيل ينبغي ان لا يصح الاقالة بعد هلاك التجارية لان التجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينا في الذمة والمسلم فيه ايضا قد سقط بالاقالة فصارت بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة وذلك يمنع الاقالة هناك فكذا ههنا وذلك انه اذا هلك احد العوضين في المقايضة ثم تغايل انتم هلك الآخر يطل الاقالة قلنا في المقايضة الرد واجب بعد الاقالة وذلك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة التجارية مقام التجارية فلم يكن رد عين التجارية واجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام التجارية فصارت بمنزلة بقاء احد العوضين في بيع المقايضة فهناك يصح الاقالة فيه فكذا هنا **قوله** لان رب السلم متعنت المراد من المتعنت شرعا من ينكر ما ينفعه والمخاصم من ينكر ما يضره **قوله** لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة فان قيل لان السلم بل رأس المال خبر وان قل لكونه نقدا والمسلم فيه وان جل فهو نسيئة قلنا نعم كذلك الا انه متروك هنا بالعرف والعادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم وما ذلك الا لفائدة زائدة رأوها فيه وكان فيه الغاء مزية النقدية بمقابلة زيادة فائدة رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئة (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكر او عندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسقورة من بعد ان شاء الله تعالى * ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حق له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقا للربح وان انكر الصحة وعند أبي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة

قوله وفي عكسه يعني يدعي رب السلم بيان الوصف والمسلم اليه ينكر **قوله** وسقورة من بعد وهو قوله بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه الى آخره **قوله** والفساد لعدم الاجل غير متيقن هذا جواب اشكال وهو ان يقال ان المسلم اليه غير متعنت في انكاره الاجل لانه يرد رأس المال ويبقى لنفسه المسلم فيه وهو نفع له لان الفساد غير متيقن به لان الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون المسلم اليه متعنتا في انكار الوصف بسلامة أكثر المالمين له بهذا الانكار **قوله** كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة ذكر العلامة صاحب النهاية فيها هذا هو الصواب من نسخة وقع في بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وهذا ليس بصحيح لانه على ذلك التقدير كان القول قول المضارب وفي صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال والمقيس عليه في هذه المسئلة في شروح المبسوط وشروح الجامع الصغير للامام قاضي خان (و)

(كتاب البيوع باب السلم)

لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم
فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة
ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لدعي الصحة عنده وعندهما للمكروا انكر الصحة

والتمرتا شي والفوائد الظهيرية واليتيمة وغيرها بلغظ الاستثناء لما ذكرنا ان في صورة لنظ الاستثناء
كان القول قول رب المال وفي قوله وزيادة عشرة كان القول للمضارب بالاجماع كذا ذكر
في النهاية وذكر فيها وجه الفرق بين العبارتين *

قوله لانه ليس بلازم اي لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال
والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة واذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين
واذا ارتفع العقد بالانكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال والقول للمكروا هو رب المال
واما السلم فعقد لازم فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معا
فكان القول قول من يدعي الصحة وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ولا يبيح فسخه رحمة الله عليهما
اتفقا على عقد واحد واختلفا في الصحة والفساد فيكون القول قول من يدعي الصحة كالمبتاعين
اذا اختلفا فاحدهما يدعي النكاح بغير شهود والاخر يشهد كان القول قول من يدعي بشهود
بخلاف مسئلة المضاربة لان ثمة ما اتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صححت تكون شركة واذا
فسدت كانت اجارة للعامل وان كان الظاهر من حاله انه لا يباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله
انه لا يباشر العقد الآخر ولا يلزم على ما قلنا اذا اختلف في النكاح فقال الزوج تزوجتك حين
كنت صغيرا وقالت المرأة تزوجتني بعد البلوغ فان القول قول الزوج وان كان فيه فساد
العقد لان ثمة ما اقر بالعقد بل انكر العقد حيث اسنده الى حال عدم الاهلية وفي بعض النسخ لانه
ليس بلازم من واو العطف وهو الظاهر لانه فرق آخريين عقد السلم وعقد المضاربة باللزم وعدمه
والاول فرق آخر باتحاد العقد وتعدد دل عليه قوله وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة
ظاهرا بخلاف المضاربة اي لم يتفقا فيها على عقد واحد لان الفاسد منه يكون اجارة (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرناه وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان أحادها متفاوتة تغاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمى مليناً معلوماً لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملين **قال** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تقضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قممعة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول **قال** وان استصنع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم

قوله اذا بين طولاً وعرضاً يعني بعد ذكر الجنس والنوع والصفة ورقعة معلومة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانتة **قوله** وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا وذكر في المبسوط واذا اسلم في الحرير ينبغي ان يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه لم يرد به قطع الحرير وما في الثياب فلا يشترط الوزن وذكر شمس الائمة رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة وفي المنتقى اذا باع ثوب خز ثوب خز يد اريد لا يجوز الا وزناً **قوله** فان استصنع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز استحساناً بالاجماع الثابت بالتعامل الجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف في انه بيع او عدة او اجارة فان قيل بشكل على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس مسئلة المزارة على قول ايحنيفة رحمه الله فان المزارة والمعاملة فاسدتان عندنا وان كان للناس فيهما تعامل قلنا لا كذلك فان (١)

(كتاب البيوع باب السلم)

والصحيح انه يجوز بيعا لعدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز

الخلاف فيهما كان ثابتا في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام استصنع خاتما ومبرا ولان المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير تكبر فنزل منزلة الاجماع وهو كدخول الحمام باجر فانه جائز استحسانا للتعامل بالناس والقياس يايى جواز لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا الوقال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس واحتجم باجر فانه يجوز لتعامل الناس وان لم يعرف قدر ما يشرب ولم يكن قدرا ما يحتجم من ظهرة معلوما والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد رآوا الاستصناع حسنا فكان حسنا *

قوله والصحيح انه يجوز بيعا لعدة وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول الاستصناع موعدة وانما ينقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا اثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند الجمهور انه بيع لان محمد ارحمه الله سماه شراء فقال كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى ما لم يره وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا في الكل والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الناسي عند الذبح جعلت موجودة حكما للذبح والسيان وكطهارة المستحاضة كما ان الموجود حقيقة يجعل معدوما للعدو كالماء المعد لدفع العطش يجعل معدوما حكما حتى جاز التيمم لوجوده حقيقة وكذلك ههنا المستصنع معدوم يجعل موجودا حكما للتعامل وقد تحققت الحاجة هنا في كل احد لا يجد خفا يوافق رجله او خاتما يوافق اصبعه وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة اصله بيع المنافع **قوله والمعقود عليه العين** دون العمل قال ابو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه العمل (لان)

(كتاب البيوع باب السلم)

وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره
ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رح
ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه

لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به يدل على انه معقود عليه والاديم
آلة العمل وانما ينقذ بيعا عند التسليم والصحيح ان المعقود عليه هو العين المستصنع فيه ولهذا
لوجاء به مفروغا عنه لامن صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز فان قيل لو كان بيعا لما بطل
بموت الصانع او المستصنع وذكر الامام قاضي خان رح ان الاستصناع يبطل بموت احدهما
والسلم لا يبطل بموتهما او بموت احدهما قلنا للاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع
وهو العمل وشبه بالبيع من حيث ان المعقود عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما
ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرنا القياس والاستحسان واثبتنا فيه خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل
الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين وفي الذخيرة وينقذ الاستصناع اجارة ابتداء وبيعا انتهاء
متى اسلم ولكن قبيل التسليم ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفى المصنوع من تركته ولو انعقد
بيعا ابتداء وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية ولو كان ينقذ
عند التسليم لاقبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتربا مارة والمعنى في ذلك ان المستصنع
طلب منه العمل والعين جميعا ولا بد من اعتبارهما واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذر
لان بين البيع والاجارة تنافيا فجوزناه اجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الاجارة
ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفير اعلى الامر بين حظهما كما في الهبة بشرط
العوض فان قيل لو كان ينقذ اجارة لكان الصانع يجبر على العمل قلنا قد قيل انه لا خيار للصانع
ولانه انما لم يجبر على العمل وان كان ينقذ اجارة لانه لا يمكنه العمل الا بتلاف عين الاترى
ان المزارع له ان يتمتع من العمل اذا كان البذر من جهته ورب الارض كذلك *
قوله وهذا كله هو الصحيح راجع الى قوله انه يجوز بيع الاعدة والمعقود عليه العين دون العمل (وقوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

الابضر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف رح انه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا
وأما المستنضع فلان في اثبات الخيار له اضراارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره
بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز
اذا امكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل
فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه
يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع

وقوله ولا يتعين الا بالا اختيار لما ان في كل واحد منها قول آخر *

قوله الابضر وهو قطع الصرم فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لانه رضي به قلنا
جاز ان يكون رضاه بسبب ظن ان المستنضع مجبور على القبول وانه مجتهد فيه **قوله**
فلما ذكرنا اشارة الى قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط **قوله** اذا امكن اعلامه بالوصف
وصورته ان يجيء انسان الى آخر فيقول اخر زلي خفاصفته كذا وقدره كذا بكذا درهم
او يقول للصانع اصنع لي خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته ويسلم الثمن كله او بعضه ولا يسلم
قوله لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة رح فيشترط فيه
شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس وعدم الخيار لرب السلم اذا اتى بالمصنوع على
الوصف الذي وصفه والمراد الاجل الذي يضرب للسلم فقال في المبسوط هذا اذا ذكر المدة
على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان يفرغ عنه غدا
او بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم الا ترى انه
ذكر ادنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكي عن الهندواني ان ذكر المدة من قبل المستنضع
فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكره على سبيل
الاستمهال وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك
فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشيء معلوم * (قوله)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

فيحافظ على فضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم
باجماع لاشبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله اعلم
مسائل منشورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز
بيع الكلب العقور لانه غير منفع به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عم ان من السحت

قوله فيحافظ على فضيته يعني ان العمل بحقيقة النلف واجب الا اذا صرفه عن الحقيقة
صارف وذكر الاجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال اخياط
خط هذا الثوب غدا فيحمل على حقيقة الاستصناع **قوله** وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه
اي باجماع الصحابة **قوله** وفي تعاملهم نوع شبهة فان عند فرو الشافعي رحمه الله لا يجوز
ولانه نقل من الصحابة رضي الله عنهم تعاملهم السلم وتايد الاجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة
المشهورة وفي نقل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله اعلم
* مسائل منشورة *

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء لاشك في جواز بيع
المعلم واما بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الاثمة السرخسي رحمه الله انه اذا كان بحال
يقبل التعليم يجوز بيعه قال رحمه الله وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل
التعليم كان منتعابه فيكون مالا محلا للبيع والدليل عليه انه ذكر في النوادر انه لو باع
الجرو جاز بيعه لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وهكذا نقول
في الاسد اذا كان بحيث يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطيا به
لا يجوز البيع اما النمر فقد اختلف الروايات فيه عن ابي حنيفة روى الحسن رح انه يجوز
بيعه وروى ابو يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد انه (لا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

مهر البغي ونمن الكلب ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتقيا ولنا أنه لم ينهي عن بيع الكلب الاكلاب صيدا وما شبة لانه منتفع به حراسة واصطيد فكان ما لا يجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلنا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وكل ثمنها

لا يجوز بيعه وبيع الغبل جائز لانه منتفع به حقيقة وشرعا فهو كسائر الحيوانات واما الهرة فقد ذكر شيخ الاسلام رح انه يجوز بيعها وسئل عطاء عن نمن الهرة فقال لا بأس به * **قوله** مهر البغي اي اجرة الزانية **قوله** ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الاكلاب صيدا وما شبة فان قيل المدعى جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد وما شبة لا غير قلنا ايراد الحديث لا بطلان مذهب الخصم ولان الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لان كل كلب يصلح لحراسة الهاشمية ان من عادة النلاب نباها عند حس الذئب او السارق ولانه منتفع به حراسة واصطيد فكان ما لا لان المال اسم لغير الادمي مما يصلح لمصالح الادمي فان قيل الكلب يمكن الانتفاع بمنافعه لا بعينه كالادمي فانه ينتفع بمنافعه بالاجارة ولا يدل على ان عينه مال قلنا ان الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعاً لملك العين لا قصد في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب فان قيل شعر الخنزير ينتفع به الانساء كفه ولا يجوز بيعها قلنا ان الخنزير محرم العين شرعا لا يباح امساكه لمنفعة بوجه فيثبت الحرمة في كل جزء من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الاباح ضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة عن اصله فيما عدا الضرورة كاحاطة لحمه حالة الضرورة لا تدل على صحة التمول وجواز البيع فاما الكلب فنثبت فيه تحريم مطلق ثم اباحته لضرورة ليبقى ما وراءها على التحريم **قوله** والحديث محمول على الابتداء فان قيل (ما)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

ولانه ليس بمال في حقا وقد ذكرناه **قال** واهل الذمة في البيعات كالمسلمين لقوله في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم مال للمسلمين وعليهم ما عليهم ولا انهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال** الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصور وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعةادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جازب ياخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة على الثمن والمثلن جائز عندنا وتتحقق باصل العقد خلا لافرو الشافعي رح لانه تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع

ماروي محرم وما ذكرتم مبيع والمحرّم آخرهما ورودا على ما عرف قلنا هذا اذا لم يدل الدليل على سبق وقد دل ههنا لانه عليه السلام كان يشدد في امر الكلاب قلعا لهم من الاقتناء وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرم سابقا لا محالة *

قوله ولانه ليس بمال في حقا اي مال متقوم **قوله** كالمسلمين حتى ان الذمي اذا باع مكبلا او موزونا بمكيل او موزون من جنسه متساويا جاز ولا يجوز متفاضلا **قوله** ولا انهم مكلفون محتاجون كالمسلمين اي بالايمان وموجب المعاملات ولما كانوا مكلفين ولا يمكنهم اقامة ما كفوا به الا بقاء انفسهم كانوا محتاجين الى ما يبقى به انفسهم كما في حق المسلمين ولا يبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومن تلك الاسباب البيع فيجب ان يكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين لئلا يمتنعوا من تبقي انفسهم لاقامة التكليف **قوله** ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها الخطاب للعمال اي اجعلوهم ولاية بيعها **قوله** ومن قال لغيره بع الخ بصورة المسئلة ان يطلب انسان من آخر شري عبده بالف درهم وهو (لا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

وهو كونه عدلا وخالسا وراحيًا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئًا بان زاد في الثمن

لا يبيع الا بالالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجبي آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت جوا بالكل ولو لم يوجد اباة ولا مساومة ولكن ايجاب العبد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانا اما ضمانه بعد الاباء والمساومة يصح قياسا واستحسانا وذكر فخر الاسلام رحمه الله واصل ذلك ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله فاما فصول الثمن فيستغني عن ذلك ويجوز ان يقابله تسمية المال لاحقيقته الا ترى ان من باع عبدا بالغين وقيمه الف ان الالف الزائد لا يقابله مال الا تسمية فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع باصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك اعني غير المرأة فكذلك ههنا فان قال من الثمن فقد وجدت صورة المقابلة فان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها وقال الامام التمر تاشي رحمه الله في قوله لو قال بعت بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فباعه جاز البيع للمشتري بالف وخمسمائة على الاجنبي لانه جعل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو ادعى الالف الى البائع له ان يقبض العبد وليس للبائع ان يحبس لاجل الخمسمائة ولو اراد المشتري ان يبيعه مرا بحة يبيعه على الف وان كانت دارا للشفيع اخذها بالف ولو تقابلا البيع فلا جنبي ان يسترد الخمسمائة من البائع وفي قياس قول ابي يوسف روح ان الاقالة بيع جديد ينبغي ان لا يسترد وكذا الوردة بعيه بغير قضاء او قضاء يسترد ولو ضمن الاجنبي با مر المشتري وباقي المسئلة بحالها فالزيادة صارت واجبة في حق المشتري وللبيع ان يحبس العبد حتى يصل اليه الف وخمسمائة لانه لما ضمن با مر المشتري كان للضمنين ان يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشترا بالف وخمسمائة وله ان يبيعه مرا بحة عليه لان المراهجة تكون بما قام عليه وللشفيع اخذها بذلك (و)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبذل الخلع لكن من شرطه ائمة بلة

ولو اراد المشتري رده بعيب بقضاء او بغير قضاء او تقايلا لبايع يرد الا ان على المشتري
والزيادة على الضمين فان قيل يجب ان لا يصح الزيادة في الثمن من الاجنبي لان اصل
الثمن ان لا يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة يجب ان لا تجوز من الاجنبي
اذا كان ما باراها يحصل لغيره فلما ذكر الفقيه ابو بكر الجصاص عن الشيخ ابي الحسن الكرخي
رحمهما الله انه اورد هذا السؤال ومنع وقال يجوز ان يكون اصل الثمن على الاجنبي والمثل
لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي وما باراها لغيره وقال لا يعرف في هذا رواية
منصوص عليها من اصحابنا بخلاف ما قلنا فساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق
ثم قال الجصاص هذا الملع الذي ذكر الكرخي مما يبعد لان عن اصحابنا رواية في هذا
فان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب المصرف وغيره ان من اشترى شيئا بدين له على غيره
لا يصح هذا الشراء عند علمائنا لانه اشترى بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره والمثل
لغيره واذا كان الشراء بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره باطلا فلا يطل
الشراء اذا كان وجوب التسليم والثمن على غير المشتري اولى واذا كان كذلك لم يكن بد
من الفرق والفرق ان القياس يابى جواز الزيادة من الاجنبي في الثمن لانها بدل المال
وعارضة من غير ان يحصل بارائه عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا اذا تركنا القياس
بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث ابي قتادة الانصاري رضي الله عنه
حين امتنع النبي عليه السلام عن الصلوة على رجل من الانصار لمكان دين عليه
قال ابو قتادة هو علي او الي او في مالي وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك
القضاء منه بدل المال من غير عوض يحصل بمقابلته والزيادة من الاجنبي في الثمن في معناه
فكانت ملحقة به استدلالا به وقال شمس الائمة السرخسي رح وفخر الاسلام لو استدللنا
في جواز التزام الزيادة عن الاجنبي بهذا الحديث وهو حديث ابي قتادة ينبغي (ان)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فصم واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح *
قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالتكاح جائز لوجود
سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطئ الزوج
حصل بتسليطه من جهته فصا رفعه كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير
قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي
استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا *

ان يجوز من الاجنبي التزام اصل الثمن ايضا كما يجوز التزام الزيادة على الثمن
لان حكم الحديث لا يفرق بينها وبالاتفاق ان التزام اصل الثمن لا يجوز منه
ولان حكم الحديث انما كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي يجوز وقت
المعاقدة قبل وجوب اصل الثمن على المشتري فعلم ان بينهما فرقا *

قوله تسمية بان يتكلم بلفظ من الثمن وصورة بان يكون المسمى بمقابلته المبيع صورة
وان لم يقبله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصل بالزيادة عليه فاشبهه بدل الخلع
فيصح اشتراطه على الاجنبي بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لانها ليست زيادة
في الثمن بل هو التزام مال مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام **قوله** فالتكاح جائز
لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة فان قيل فعلى هذا كان ينبغي ان يصح بيعها
قبل القبض لقيام سبب الولاية قلنا ورد النهي عن البيع قبل القبض والتكاح ايسر في معناه
لان البيع ينطل بالغرر والتكاح لا ينطل به ولان القدرة على التسليم شرط لصحة البيع
وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة التكاح الا ترى ان بيع الابن لا يجوز والتكاح
الآبقه جائز وفي الفوائد وذكر الصدق والشهيد رحمهما الله اشترى جارية ثم زوجها
قبل القبض ان تم البيع جاز التكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح
والمختار قول ابي يوسف رح لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض (من الاصل)

قال ومن اشترى عبد اغراب (والعبد في يد البائع) فاقام البائع البيئة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يد رايين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا نذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات مفلساً والمشتري اذا مات مفلساً والمبيع لم يتبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما

من الاصل فصار كان لم يكن فكان السكاح باطلا والقياس ان يكون قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله حتى اذا اهلك بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها حتى لو وجدها المشتري ذات زوج لانه ان يرد لها فالمشتري اذا عيب المعتود عليه يصير قابضا ويجعل التزويج كالاعتاق او التدين ولكنه استحس فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا اهلك فهو من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه يقل رغبات الناس فيها وينتقص لاجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان نظير الافرار عليه بالدين والمشتري لو اقر عليها بالدين لا يصير قابضا بها بخلاف العيب الحسي بان نطع يدها او قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو تلاف الجزء من عينها كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الاعتاق والتدين فان المشتري يصير قابضا بهما وهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل قلنا قال في المبسوط الاعتاق انهاء للملك فيها وتلاف للمالية ولهذا اثبت له الولاء فمن ضرورته ان يصير قابضا وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر به *

قوله ومن اشترى عبد اغراب اي قبل نقد الثمن فاقام البائع البيئة انه باعه اياه وفي الفوائد (و)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقد شريكه الثمن كله وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه

وفي قوله ملك المشتري ظهر باقراره اشارة الى انه لا يشترط اقامة البيعة للبيع اذا كان لا يدري ابن هولان موضوع المسئلة ان العبد في يد البائع وقول الانسان فيما في يده مقبول لكن مع هذا يشترط اقامة البيعة ليكون البيع بحجة بالغة وهذه البيعة لكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما وضع المسئلة في المتقول لان القاضي لا يبيع العقار على الغائب ثم قيل يصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا يبيع القاضي وفيه نظر لان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيله عنه وقيل لا يصب لان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا * **قوله** فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه ذكر الامام الترمذى رحمه الله في الحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلمونقد اختلفوا في مواضع الاول لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لهما فان قيل لا يجبر على تسليم نصيب الغائب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر العبد لا يرجع على الغائب بما نقد خلافا لهما **قوله** كمعير الرهن بان اعار شيئا لبرهنة ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير امره لانه مضطر في القضاء لانه لا يتمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك (هنا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

كالوكيل بالشراى اذا قضى الثمن من مال نفسه *

قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثلث اليهما على السوى فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مئتا قيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما *

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ فقضاء زيوفاه وهو لا يعلم قانفتها وهلكته فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد ر ح وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه

هنا بخلاف ما لو استاجر غائب احد هما فنقد الاخر كل الاجر فهو متبرع لانه غير مضطر لانه لا حبس للاجر للاجرة فان هلك العبد في يد الحاضر رجع على الغائب بما نقد عنه فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقد عنه فان كان حاضرا فنقد فهو متبرع *

قوله كالوكيل بالشراء وبيان انه كالوكيل بالشراى ان الصفقة لما كانت واحدة فانبأ يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه لما ثبت المبدل له فكان كل واحد منهما كالمتعاون لصاحبه فهذا معنى قوله كالوكيل والوكيل ان يرجع على الموكل بما ادى عنه وان يحبس لاستيفاء حقه كذلك ههنا فان قيل لو كان كالوكيل ينبغي ان لا يفترق الحال بين حضور المشتري وغيبته كغير الرهن وكالوكيل بالشراء قلنا ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا فاعتبرت شبهة الوكالة عند غيبة احد هدا والحقيقة عند حضرتهما عملا بالشبهين والعمل على هذا الوجه اولى من العكس لما كان الاضرار الى اداء الجميع للانتفاع بنصيبه اذا كان غائبا **قوله** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ونظر رواية الاصل من الجامع الصغير بعنك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة ورواية كتاب البيوع اذا باع جارية بالف مثقال فضة وذهب جيد ولا فرق في الحكم فيما اذا قدم الذهب على الفضة واخره عنها وكذا في وصف الذهب والفضة (با)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الي ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى
لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن
تدراكها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له *

بالجودة يكون وصفاهما كما لو قال عبدي حر غدا وامرأتي طالق او قل عبدة حروا امرأته طالق
غدا انهما يقعان غدا جميعا وقال الامام التمر تاشي رحمه الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد ليهما فيشترط بيان صفتيهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث
ينصرف الى الجيد وكذا لو قال له علي مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف
فكذا هذا في جميع ما يقربه من المكمل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او ودعة
او بيعا او شرا او مهورا او جعلا في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك وكذا لو قال له علي كرحضة
وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس فان قيل ينبغي ان يترجم الذهب لاختصاصه
بالمثاقيل او يترجم الفضة لكونها غالبية في المبيعات قلنا لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير
الى القضية الاضافية ومطلق اضافة المثاقيل اليهما يوجب الشركة على السواء *

قوله لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل اي حق رب الدين في وصف
الدين من حيث الجودة واجب رعايته كحقه في الاصل من حيث التدروا وكان
المقبوض دون حقه قدر الميسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه
وصفا الا انه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها
فيرد عين المقبوض ان كان قائما ومثل المقبوض ان كان مستهلكا لان مثل الشيء له حكم عينه
قوله لانه ايجاب له عليه وبهذا فارق ضمان كسب العبد المذون على المولى وضمان
المرهون على الراهن وان كان ملكا لانه لان ذلك ضمان ملكه عليه لانه بل للغيرم وهذا ضمان
ملكه عليه له ولا نظير له فان قيل ايجاب الضمان له عليه اذا يكون ممتنع لعدم الفائدة وهنا (١)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

قال واد الفرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او كذا اذا انكس فيها طير لانه مباح سبقت يده اليه ولا نه صيد وان كان يواخذ بغير حيلة وان صيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد دارة او وقع ما نثر من السكر والدرهم في ثياب لم يكن له مال يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله في ملكه تبع الارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء *

اشتمل على فائدة وصوله الى حقه وهو الجوده الاترى ان من اشترى مال نفسه لا يصح عدم الفائدة ثم لو افاد بان اشترى مال نفسه مع مال غيره يصح لوجود الفائدة وهو يملك مال الغير بحصته من الثمن المذكور في الشري وكذا يجوز لب المالك ان يشتري مال المضاربة من المضارب بما فيه من الفائدة فله الا يصح وان كان فيه فائدة لان الجوده تبع للدرهم لانها وصف لها فنقص قبض اصل الدرهم لاسترداد الجوده جعل ما هو الاصل تبعاً لتبعه وهذا انقض الموضوع وقلب الملعول بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك *

قوله وكذا اذا تكسر فيها طير وفي بعض الروايات اذا انكس اي دخل في الكناس وهو موضعه وانما قيد بالتكسر لانه لو كسره احد يكون له **قوله** وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك وما اذا هباً بان حفير المصيد ووقع فيها فهو له **قوله** فصار كنصب شبكة للجفاف يعني فتعلق بها صيد واخذه انسان فهو لاخذ **قوله** او كان مستعدا له معطوف على قوله مال لم يكفه على تقدير حذف حرف النفي اي ما كان مستعدا له **قوله** بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه حيث يكون العسل لصاحب الارض لانه عد من انزال الارض والنزل الزيادة والفضل والفرق ان العسل ليس فيه معنى الصيد لانه لا في الحال ولا في المال والارض في يد صاحبها فبا فيها يكون في يد صاحبها وذلك لان العسل صار قائماً بارضه على وجه القرار فصار تابعاً لارضه كالشجر والزرع ينبت فيها والله اعلم بالصواب (كتاب الصرف)

(كتاب الصرف)

* كتاب الصرف *

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الي يد والصرف هو النقل والرد لغة اولانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا **قال** فان باع فضة بفضة وذهبا بذهب لا يجوز الامثلة بل وان اختلفت في الجودة والصباغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث قال عم جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع *

* كتاب الصرف *

قوله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من العوضين من جنس الاثمان اي بيع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة او احدهما بالآخر سمي به لانه يحتاج الى نقل بدليه من يد الي يد والصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا اي صرف الله قلوبهم اولانه عقد يد على مال لا يقصد به ذاته بل يتغنى به الفضل بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي التطوع صرفا لانه فضل على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي لا تطوعا ولا فرضا والاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقد ين صحبه الباء ولا قولت بجنسها او بغيره ونوع مبيع بكل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال كالشباب والدواب والمماليك ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان معيئا في العقد كان مبيععا وان لم يكن معيئا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا كان ثمنا وان كان كاسدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا في الذمة كذا قاله الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الاديني في الذمة ولهذا قلنا انها لا تنعين بالتعيين فكان ثمنا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية فلا يخرج به من ان يكون مبيعا والمكيل والموزون مستحق عينا (با)

(كتاب الصرف)

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان يدخل بيته فلا تنظرة ولانه لا بد من قبض احد هما ليخرج العقد من الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احد هما ليس باولي من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعنان كالمصوع او لا يتعنان كالمضروب او يتعين احد هما ولا يتعين الآخر لا طلاق لما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او انا ما في المجلس او اغني عليهما لا يبطل الصرف بقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه

بالعقد تارة وديا اخرى فيكون ثمنا في حال مبيعاني حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد فوات تسليمه وصح الاستبدال برد والمبيع بخلافه *

قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اختلاف المشائخ رح ان القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد وشرط بقاءه على الصحة فعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط صحة العقد اشكال وهو ان يقال ما يكون شرط الجواز بشرط حاله العقد كالشهادة في باب الكاح والمالين في المبيع والجواب ان اشتراط القبض حالة العقد غير ممكن لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلى الجواز بقبض يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد فكان كالموجود عنده حكما **قوله** لما روينا هو ما روي قبيله يدا بيد **قوله** ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقه يريد به ان الشبهة في الحرمان ملحقة بالحقيقة **قوله** لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وفي الميسر وعن ابن حنبل قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقيل الفا فقه وصنهم الورق الكاسدة فنبتا ورقيم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتروا رقيم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وليس (١)

(كتاب الصرف)

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لغوات الشرط وهو لقبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرر (وفيه خلاف زفر رح) *

قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقه للتعالي وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفره لان الدراهم لا تعين فيصرف العقد الى مطلقها ولكن نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز

المراد من هذا الاطلاق في الوثبة المملوكة بل هو مبالغة في ترك الانتراق بالابدان قبل القبض * **قوله** وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم اي المعتبر تفرق الابدان لا القيام عن مجلس العقد بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض اذ التخيير تسليمك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله **قوله** الذهب بالورق ربوا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم وقوله هاء بوزن هاء اي خذ ومنه هاء وافتروا كناية اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتباضان **قوله** لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا اي بشرط الخيار والثاني يفوت القبض المستحق اي بالاجل **قوله** الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيه خلاف زفر رحمه الله وكذا اذا اسقط الاجل بان سلم في المجلس **قوله** ولكن نقول الثمن في باب الصرف مبيع فان قيل لوجعل كل واحد منهما مبيعا لا بشرط قيام الملك في كل واحد منهما **قال** العقد حتى لا يصير بائعا ماليس عنده ولم يشترط (قيام)

(كتاب الصرف)

وليس من ضرورة كونه مبيعاً ان يكون متعيناً كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقه طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا لذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصّة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشترى بالفي مثقال

قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت العقد فقد ذكر في الكتاب لو باع رجل من آخر ديناراً بدراهم وليس في ملك هذا دينار ولا في ملك ذلك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها واستقرض الآخر ديناراً ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مثمناً من وجه بعد العقد لان اعتباراً مثمناً بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من مثمن كما لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمناً بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض فان كونه ثمناً لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مثمن في الاصل وانما يصير ثمناً بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمناً قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد ويتعلق العقد بهما ويعتبر كونه ثمناً بعد العقد حتى لا يفسخ العقد بهلاك احدهما بعد البيع قبل القبض كما لو كان ثمناً من كل وجه كذا هنا واذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشار اليه * .

قوله وليس من ضرورة كونه مبيعاً ان يكون متعيناً جواب اشكال وهو ان يقال لو كان مبيعاً لكان متعيناً قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعاً ان يكون متعيناً فالمسلم فيه مبيع غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلق بل هو مبيع من وجه ثمن من وجه وهو كاف لسلب الجواز ان الشبهة كالحقيقة في الحرمان **قوله** لما ذكرنا في الحديث والمعقول **قوله** لا يبيعه بجنسه مجازة (لما فيه)

(كتاب الصرف)

الف نسيئة والف نقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك ان باع سيفاً محلياً بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قديرا بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد به احد هما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة اريد مما فيه فان كانت مثله او اقل منها ولا يدرى لا يجوز البيع

لما فيه من احتمال الربوا وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز ايضا لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تباعد هبا ذهب مجازفة وافترا بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لفرق رحمه الله *

قوله الف نسيئة والف نقد ولوا اشتراها بالنسيئة مثقال فضة نسيئة فسد في الكل عند ابي حنيفة رحمه الله اما الطوق فلفوات التقابض واما في الامة فلان المفسد مقارن العقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وعندهما لا يفسد في الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما اما لو اشتراها بالنسيئة مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افترا بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد في الطوق طارئ فلا ينعدي الى الامة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس ولو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرعا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح في الاستحقاق عند المساواة (في العقد)

(كتاب الصرف)

لربوا او لا حتماله (وجهة الصحة من وجه) وجهه الفساد من وجهين فترجحت *
قال ومن باع اناء فضة ثم افتراق قد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض
وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد
طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع * ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء * ومن باع قطعة نقرة
ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعض *

قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما
بخلافه وفال زفر والشايعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرسعير وكرخطة بكري شعير
وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرف لانه قابل الجملة بالجملة

في العذر او الاضافة لا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من نفس السيف خاصة والقول
في ذلك قوله لانه هو المملك والقول في بيان جهة التملك اليد كذا في المبسوط *
قوله للربوا اي فيما اذا كانت مثله اقل منها ولا حتماله اي فيما لا يدري ونجد خلاف زفر رح
قوله وجهه الفساد من وجهين بتقدير المساواة والتقصان والجواز بتقدير الزيادة ولو استوت
الجهتان لترجحت جهة الفساد احتياطاً فما ظنك اذا كانت جهة الفساد اكثر فان قيل الترجيح
انما يكون بشي لا يكون عللة لاثبات الحكم ابتداء وههنا كل واحد من الجهتين اعني المساواة
والتقصان من المنزلة عللة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجيح فلنا مرادة انه اذا كان احدهما
يكفي للحكم فما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقي **قوله** لانه صرف كله فصح فيما وجد
شرطه وبطل فيما لم يوجد بخلاف مسئلتني الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فان كل واحدة
منهما صرف وبيع فاذا نقد بدل الصرف صح في الكل **قوله** وكان الاناء مشتركا بينهما ولا يقل ان فيه
تفرق الصنف على المشتري فينبغي ان يتخير لان التفرق من جهة الشرع باسقاط القبض لامن
العائد فصار كهلاك احد العوضين ولان الشركة وقعت بصنعده وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن (قوله)

(كتاب الصرف)

ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى ثوبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرا بحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بالف وخمسائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبدة وعبدة غيرة وقال بعثك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبدة وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس فانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه

قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة اذ الحنطة والشعير والدرهم والدينار من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربو وفي صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبت مقابلة لادليل عليها في لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف كما في المسائل المذكورة ولنا ان العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق وذلك لان الذات لا يخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الا ترى انه لو اتى بهذه المقابلة ثم قال على ان يكون الجنس بخلاف الجنس يصح وبصير الفرد مقابلا بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب ان يحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولهذا اوجب حمل كلامه على المجاز ان لم يصح الا بالحمل عليه وبه تبين انه ليس بتغيير لكلامه بل هو (تعيين)

(كتاب الصرف)

وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره بنصف الى نصيبه تصحبا لتصرفه بخلاف (ما عد من المسائل اما) مسألة المراجعة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب

تعيين احد المحتملين ولئن كان فيه تغيير فقيه تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا اصله اذ موجه الاصلي ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وهو باق بعده ولهذا قبل الفرد بالفرد في الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا يصح العقد فيه فلو قبلت الاجزاء بالاجزاء لما صح لان المقبوض ح يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض وصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وان كان فيه تقييد كلامه تصحبا لتصرفه وكذا لو باع عبد بالف درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها اروج يحمل مطلق كلامه عليه تصحبا لتصرفه وان كان فيه تقييد كلامه *

قوله وفيه تغيير وصفه لا اصله اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لما ان وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيوع لكن في الانقسام بالشيوع تغيير اصل العقد لان اصل العقد العقد الصحيح الذي يثبت الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغيير اصل العقد بسبب رعاية وصف العقد وفي مقابلة الفرد بالفرد بقاء اصل العقد على قضيته وهو ثبوت الملك في الكل قبل القبض مع تغيير الوصف فكان اهلون التعبيرين فكان اولى وفي المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله حرام بوصفه واذالم يتحقق المعارضة يترجم ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه **قوله** لانه يصير تولية اي تغيير اصل العقد لانه مقد المراجعة فلو صححنا تصرفه يصير تولية (قوله)

(كتاب الصرف)

والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل البيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلاهما في الابتداء **قال** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها و الدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التساؤل على ما روينا فالظاهر انه اراد بذلك فبقي الدرهم بالدينار وهو ما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولوته ايا فضة بفضة او ذهباً بذهب (واحدهما اقل) ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمة باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقيق الربوا اذا الزيادة لا يقدلها عوض (فيكون ربوا) **قال** ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصاً العشرة بالعشرة فهو جائز

قوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين اي طريق الجواز لانه كما يجوز ان تصرف الالف الى المشتري فكذلك يجوز ان تصرف اليه الف وواحد او اثنان او ثلثة والى الآخر اربع مائة وتسعة وتسعين او شيء والوجوه كلها سواء وليس بعضها اولى من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز فان قيل قد تعدد طريق الجواز هنا لانا اذا صرفنا الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينار الى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار الى الدينارين يصح فلنا نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يترجم احد وجوهه ولما ذكرناه رجحان لان العقد ورد باسم الدراهم فتجوزة مع بقاء اسم الدراهم اولى **قوله** والفساد في حالة البقاء وكلاهما في الابتداء والحاجة الى التصحيح فوق الحاجة الى الابقاء على الصحة لانه لولا الصحة يكون هو مرتكباً للمحرم في مباشرة التصرف ولا كذلك البقاء على الصحة ولان الفساد ثمة موهوم لجواز ان يتقاضا في المجلس وهنا متحقق **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار في هذه المسئلة احد الطرفين جنس واحد والاخر مشتمل على جنسين **قوله** على ما روينا وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة (مثل)

(كتاب الصرف)

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدال بديل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسائة وزفره بخالفائه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انتساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز *

قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتيين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرد به بيت المال وباخذة التجار

مثل بمثل والظاهر انه اراد به ذلك اي ان البائع اراد بهذا العقد العقد الذي ذكرناه وهوان يكون العشرة بمثلها والديثار بدرهم ولو تبايعا فضة بفضة ومع افلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز صورته اذا باع عشرة دراهم وثوبا بخمسة عشر درهما وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهة كالجوزة وكف من زيب وانما كره لانه احتيال لسقوط الربوا لياخذ لزيادة بالحيلة فيكرة كبيع العينة فانه مكروه لهذا *

قوله ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة اي من غير ان يفيد بالعشرة التي عليه اما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة النبي عليه يجوز البيع بلا خلاف وفي ما اذا باع دينار بعشرة مطلقة ثم تقاصا بالعشرة النبي عليه خلاف زفرح وهو القياس وفي الاستحسان يجوز وجه القياس ان هذا استبدال بديل الصرف فلا يجوز كما لو اخذ بديل الصرف عوضا او دينار **قوله** ووجهه اي وجه الجواز انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرناه وهو قوله ولا بد من قبض العوضين لما روينا من قوله عليه السلام يدا بيد والدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض فلم يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة واذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة (الى)

(كتاب الصرف)

ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة *

الى الدين فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا للمقاصة ينبغي ان يكون القبض شرط لان
الاقالة بيع في حق الثالث والشرع ثالثهما فكان بيعا في حقه قلنا صارت الاقالة هنا في ضمن
المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع بمثل هذه الاقالة بل حكم البيع لها في حق الثالث
فيما اذا كانت الاقالة ثابتة تصدا وفي الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد لانهما
لما اضافا العقد الى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه لانه يسقط وتعيين الساقط محال فلهذا
وقعت المقاصة هنا بنفس العقد لتجانسهما وعقد الصرف على هذا الوجه جائز لان قبض
البدلين انما يكون شرطا احتراز اعن الربو فانه اذا كان احدهما مقبوضا والآخر غير
مقبوض واختلفا يكون بيع عين بدين والعين خير من الدين لان الدين مما يقع الخطر في عاقبه
ولا خطر في دين يسقط فلا ربو بينه وبين المقبوض في المجلس الا ترى ان الدين بالدين حرام
ثم لو تصادف درهم دين دينار بدين صح لغوات الخطر وهذا بخلاف السلم فان اضافة عقد السلم
الى رأس مال هودين على المسلم اليه في الابتداء لا يصح فكذا اذا حول العقد اليه في الانتهاء
وهذا لان ما يقابل برأس المال في السلم دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دين بدين
وفي الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز هذا اذا كان
الدين سابقا فان كان لاحقا بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة
لا يقع المقاصة بنفس العقد لانه في الدين المتقدم لا يقع بنفس العقد فمع المتأخر اولي
فاما اذا تفا بضا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لا يجوز المقاصة هنا لان الدين
لاحق فيكون صرفا بدين سيجب والأصح انه يصح لانه لما تفا بضا تضمن ذلك فسخ الصرف
الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا بدين سبق وجوبه والغلة من الدراهم المقطعة التي
في القطعة منها فتراط او تسوج اوجه كذا في المغرب فيرد هاييت المال لانها بائنها ولكن لكونها قطعا
قوله ووجهه تحقق المساواة في الوزن اي وجه الجواز تحقق شرائط الصحة لان المساواة (في)

(كتاب الصرف)

قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التنازل ما يعتبر في الجيد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويًا في الوزن * وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنًا لأن النقود لا تخلو من قليل غش عادة لأنها لا تطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وإن كان الغالب عليهما الغش فليسافي حكم الدراهم والدنانير اعتبارًا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف أن يبعث بجنسها متفاضلًا جاز صرفًا للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر قال رضي الله عنه ومشائخنا رح لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والخطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلوا يبيع المتفاضل فيه

في الوزن متحققة والمساواة في الجودة ليست بمشروطة لما عرف أن الجودة ساقطة العبرة لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء *

قوله فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم أو قل أولًا يدرى لا يصح وإن كانت أكثر يصح **قوله** ولكنه صرف جواب أشكال وهو أن يقال ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس لا يشترط التقابض في المجلس قلنا إنما صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس لحاجتنا إلى جواز العقد فإذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا إلى البقاء فلم يكن كل واحد منهما مصرفًا إلى خلاف الجنس في حق القبض بل صرف إلى جنسه ليشترط التقابض في المجلس لعدم الحاجة إلى بقاء العقد على الصحة لأن الحاجة إنما تمس في نفي المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا في نفي المفسد الطارئ الخطارفة أي الدراهم الفطرية منسوبة إلى الخطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون الرشيد كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الصرف)

ينفتح باب الربو انم انكانت تروج بالوزن فالتبائع والاستقراض فيهما بالوزن وانكانت تروج بالعد فبالعد وانكانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون اثما لا تنعين بالنعين واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين بالنعين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزبوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زبوا انكان البائع يعلم بحالها التحقق الرضاء منه وبنسبها من الحباد وانكان لا يعلم لعدم الرضاء منه * واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وان لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى النيمة ولا يحنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان النمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع السادس *

قوله ينفتح باب الربو متعلق بقوله لم يفتوا لانه لو جاز حل الربو في اعزال اموال لقاسوا عليه حل الربو في الذهب والفضة بالتدريج **قوله** ثم انكانت تروج اي المغشوشة **قوله** بل بجنسها زبوا اي بجنس الدراهم المغشوشة من الزبوف انكان البائع يعلم بحالها انها زيفة والمتساوي كغالب الفضة في التبائع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش **قوله** واذا اشترى بها سلعة اي بالدراهم المغشوشة ثم كسدت اي في كل البلاد حتى لو كانت تروج في بعضها عليه رد المثل كذا اختاره النقيية ابو الليث رحمه الله وفي عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج في جميع البلد ان لانه يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع (و)

(كتاب الصرف)

قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يتعين لانها ائمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها * واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة فخرج خلا فاليهما وهو نظير الاختلاف الذي بينا * ولوا استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة فخرج يجب عليه مثلها لانها امانة وموجبه رد العين معنى والتمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف التمنية تعذر رد ها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف ربح يوم القبض وعند محمد ربح يوم الكساد على ما مر من قبل

وان شاء اخذ قيمة ذلك دنائير وما ذكر في العميون يستقيم على قول محمد رحمه الله وما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يبطل البيع بالفساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلوسين وعندهما يجوز اعتبار الاصطلاح ببعض الناس وعند محمد ربح لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد ينبغي ان يكون على هذا القياس ايضا وفي القدوري اذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد العقد في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يفسد وقال ابو يوسف ربح عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد او بالا نقطاع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائمارة على البائع وان كان مستهلكا اوها لكارجع البائع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثلها وبمثلها ان كان مثليا هذا اذا كسدت الدراهم والفلوس فاما اذا غلت بان ازادت قيمتها فالبائع على حاله ولا يتخير المشتري واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبائع على حاله ويطالب به بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع اذا انتظمت الدراهم من ايدي الناس قبل القبض فسد البيع عند ابي حنيفة ربح وحدا الانقطاع انه لا يوجد في السوق وان كان يوجد في ايدي الصيارفة *

قوله والتمنية فضل فيها في القرض اذ صحته استقرض الفلوس لم يكن باعتبار صفة التمنية بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقرضه بعد الكساد (قوله)

(كتاب الصرف)

واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمها الله انظر
وقول ابيوسف ابسر

قوله واصل الاختلاف اي اصل الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
وانما قيدنا به لانه بني هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثلي كالرطب مثلا وفيه
كان الاختلاف بينهما نظير الاختلاف الذي نحن فيه كذا في النهاية وفي فوائد الخبازي
واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع الا ان هناك يعتبر القيمة يوم الخصومة عند
ايحنيقة رحمه الله وهنا لا يقول به لان ايجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفسد لان
قيمتها كاسدة وعينها سواء بل ايجاب العين كاسدة اعدل من قيمتها كاسدة فوجب مثلها
كاسدة وعندهما لما وجب اعتبار قيمتها رأجة اما يوم القبض او آخر يوم كانت رأجة فيه
فكسدت كان ايجاب قيمتها من الفضة اولى من ايجاب عينها كاسدة كما في المبسوط
وقول محمد رحمه الله انظر في حق المقرض بالنظر الى قول ايحنيقة رح وكذا في حق
المستقرض بالنسبة الى قول ابي يوسف رح وفي فتاوى قاضي خان رح قال محمد رح
عليه قيمتها في آخر يوم كانت رأجة وعليه الفتوى وقول ابي يوسف رح اسري
للمفتي والقاضي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا بخرج وفي المحيط
ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قائمة او هالكة والغلو
المقصوبة اذا كسدت فان كانت قائمة رد عينها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى الاختلاف
الذي مرو هذه المسئلة في الحاصل فرع مسئلة اخرى في كتاب الغصب ان من غصب
رطبا وهلك عنده او استهلك ثم انقطع او ان الرطب قال ابو حنيفة رحمه الله عليه قيمة
يوم الخصومة وقال ابو يوسف رح قيمة يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع وكثير
من المشائخ كانوا يقولون يقول محمد رح به كان يفتي الصدر الكبير بهان الائمة والصدر
الشهيد حسام الدين رحمهما الله وبعض مشائخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف رح (قوله)

(كتاب الصرف)

قال ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفررة لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لاسيما في ديارنا

قال ومن اعطى صير فيا درهمها وقال اعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصفاً الاحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة ربه فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما يباعان ووافق اعطني نصف درهم فلوسا ونصفاً الاحبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رح

قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس اي اشترى بفلوس قيمتها نصف درهم فضة **قوله** من الفلوس بيان لقوله ما يباع وفي المغرب الدانق بالفتح والكسر قيراطان والجمع دوانق ودوانيق وفي الصحاح الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق ومن اعطى صير فيا اي صرفا فهو من قولهم للدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة اي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصير في كذا في المغرب **قوله** والفساد قوي لانه مجمع عليه وقد مر نظيره وهو ما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة فلولم يبين نحن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالاجماع وان بين يشيع الفساد على قول ابي حنيفة رح (ولو)

(كتاب الكفالة)

وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله اعلم بالصواب *

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما يبعان بان قال اعطني بنصفه كذا فليسوا اعطني بنصفه الباقي نصفاً الاحبة فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع وحكي عن الفقيه عمر بن جعفر المهندواني والفقيه مظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام رحمهم الله هذا ايضا لا يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت انما تفرقت بتكرار قوله اعطني ولا وجه اليه لان قوله اعطني مساومة وتكرر المساومة لا ينكر البيع الا ترى ان بذكر المساومة لا ينقد البيع حتى ان من قل لاخر يعني فقل بعت لا ينقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذ كان لا ينقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر العقد وكانت الصفقة واحدة والصحيح انها يبعان فلا يشيع الفساد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر اي مختصر القدوري والله اعلم *

* كتاب الكفالة *

هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال النبي عليه السلام اتواكفل اليتم كهاتين اي ضام اليتم الى نفسه ثم قيل اي في الشريعة هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي رح فيصير الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب بالايفاء والمطالبة بايفاء الدين ولادين محال اذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا الووهب له صح وكذا لو اشترى به منه شيئاً صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين في ذمتهما فلا استيفاء لا يكون الا من احدهما كالتغاصب (مع)

(كتاب الكفالة)

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عم الزعيم فارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة

مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما غير ان هناك اختيارة تضمين احدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التملك منه وهنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك مطالبة كل واحد منهما والاول اصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل كما كان فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب للكفيل او اشترى به منه شيئاً فحججنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا يتصور وجود المطالبة الا بعد وجود اصل الدين فاما ان يكون واجبا على من عليه المطالبة لا محالة فلا اثرى ان الوكيل بالشراء مطالب بالثمن واصل الثمن على الموكل حتى لو ابرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من له ابتداء حتى يكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع واصل الثمن للموكل فكذلك يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من عليه فيتوجه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة واصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك ينفصل المطالبة عن اصل الدين سقوطاً بالتأجيل فكذلك التزاماً بالكفالة والمطالبة مع اصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز ان ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز ان ينفصل التزاماً المطالبة بالكفالة عن التزام اصل الدين كذا في المبسوط واما ركنها فالاجاب والقبول عند الحقيقة ومحمد رح خلافاً لابي يوسف رح في قوله الآخر حتى (ان)

(كتاب الكفالة)

بنوعيهـا ولا نه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلّي بينه وبينه ويستعين
بأعوان القاضي (في ذلك) والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة فيه **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا
بيدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق
وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزى فكان
ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما
عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته

ان صدهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كان كفلا بالمال او بالنفس مالم يوجد قبول المكفول له او
قبول اجنبي عنه في مجلس العند وقال ابو يوسف رة آخر الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول والخطاب
من غيره او لم يوجد واختلف المشائخ رح في قوله الآخر ان الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوف على
اجازة الطالب او يصح نأذا للطالب حق الرد وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له
قبل القبول فمن يقول بالتوقف يقول لا يواخذه الكفيل واما شرطها كون المكفول به مقدور التسليم
من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص لقوات شرطها ان غير الجاني لا يواخذه بجناية
الجاني وان يكون ديننا صحيحا ولهذا لم يصح الكفالة ببذل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب
للمولى على عبده دين وانما واجب مخالفا للقياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة واما اهلها
فاهل التبرع بان كان حراما كفلا فلا يصح من العبد والاصبي وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل
قوله بنوعيهـا الكفالة بالنفس والمال فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على
وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف يستدل به على مشروعيته
فلنا الغرم ينبى عن لزوم شيء بضرة وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاضرار والحاجة ماسة
الى هذا النوع وهي ضرورة احياء حقوق العباد لانه ربما يغيب نفسه فيتوهم حق صاحب
الحق ومن الصحابة انهم جوزوا الكفالة بالنفس **قوله** اما حقيقة كنفسه وجسده وبدنه (او)

(كتاب الكفالة)

لانه نصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام * او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عم ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روي نافية والتبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفة لانه التزام المعرفة دون المطالبة **قال** فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والاحبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما دري لماذا يدعي * ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق **قال** وكذا اذا ردد العيال لله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي اسر وسلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في المؤجل وان احضره وسلمه في مكان يندر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المتصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الامرة *

او عرفا كما في بروحه او برأسه او بوجهه *

قوله لانه نصريح بموجبه اي موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد يعتد بالتصريح بموجبه كعقد البيع يعتد بلفظ التملك الكل العيال قال الله تعالى وهو كل علي مولاه والجمع الكلول والكل اليتيم ايضا والمراد ههنا اليتيم بدلالة عطف العيال عليه والعيال هو من يعول اي يقوته **قوله** وقد روي نافية وهو قوله عليه السلام الزعيم فارم بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم وفي الدارسية بان قال من ضامن دانستن وي راعامة المشايخ قالوا يكون كفيلا فكانهم فرقوا بين الفارسية والعربية كذا في فتاوى قاضيخان رح **قوله** ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ويستونق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه (واتفق)

(كتاب الكفالة)

واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لحصول المقصود وتبيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لاعلى الاحضار
فكان التقييد مفيداً * وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل
المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض ينصل الحكم فيه وتوسلم في مصر آخر غير
المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ

واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى ان يعرف
مكانه لانهما تصاد فاعلى عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل
فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة يخرج
الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب
الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معبروفامنه فالقول قول
الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه وقال
بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت
متوجهة عليه فلا يصدق في اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بيته انه في موضع
كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتباراً للمثبت بالبينة بالثابت
معاينة وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل يمهله القاضي
مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب كموته حكماً في قسمة ماله بين ورثته فاما في حق
نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته
وفي الذخيرة اذا الحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادراً على رده بان كان بيننا
وبين اهل الحرب مواد عمة ان من لحق بهم مرتد ايردونهم علينا اذا طلبنا يمهله قدر الذهاب
والمجيئ وان لم يكن قادراً على رده بان لم يتقدم مواد عمة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يواخذ به
قوله لحصول المقصود ان المقصود من التسليم في مجلس الحاكم امكن الخصومة واستخراج (١)

(كتاب الكفالة)

لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه * واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه محجور من احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فلولوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفسه آخرو لم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل اورسوله لقيامهما مقامه

الحق باثبات حقه عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المصر * **قوله** لانه قد يكون شهوده فيما عينه وذلك القاضي يعرف حادثه فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر قلنا ولعل شهوده فيما سلمه وهذا القاضي يعرف حادثه فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلف المشائخ فيه **قوله** لا يقدر على المحاكمة فيه لان الغرض من التسليم تمكنه من احضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذالايأتى ان اذا كان محبوسا **قوله** ولا يشترط قبول الطالب التسليم وفي المبسوط ويستوي ان قبله الطالب اولم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب تضرره من عليه فانه يمتنع من ذلك ايفاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل (لانه)

(كتاب الكفالة)

فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف
فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة
وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال * ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا يصح
هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر
من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف * ومن كفل بنفس رجل وقال ان
لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة

لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع اى دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى
الطالب متبرعا كالحميل اذ ائضى الدين فلذلك صح تسليم نفسه قبل الطالب او لم يقبل *
قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف
فالتقييد بقوله لما عليه مفيد لانه اذا لم يقل لما عليه لا يلزم حلى الكفيل شيء عند محمد رح
واما التقييد بقوله وهو الف فلا يفيد **قوله** وهذا التعليق صحيح لانه تعليق بشرط متعارف
لتعامل الناس اياه وان كان القياس ياباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى
نعلا على ان يحذوه البائع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابه اوسع او لى
وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة اى الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال
وتعليق سبب وجوب المال بالاخطار لا يصح كالبائع ولا يصح الكفالة بالنفس ايضا عنده
فلا يصح الكفالتان ولنا ان الكفالة بالمال يشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال ويشبه البيع
انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح
تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ومجيئ المطر ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن (المال)

(كتاب الكفالة)

قال ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها اولم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابني حنيفة واييوسف رح وقال محمد رح ان لم بينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت اليه دعواه

المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافقة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا الوابرا الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيء لان بالابراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافقة حال بقاء الكفالة بالنفس فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظير الابراء فلا يلزمه المال فلنا الابراء وضع لنسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء ينسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنسخ فيما يرجع الى المطالبة بالنفس ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق والشرط عدم الموافقة مطلقا هذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضاء المدة هل يجب المال دينا في تركة الكفيل اذا مضت المدة في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابني القبول يجبر عليه لان لهم حق في ذلك وهوانه لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة *

قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها اي بين صفتها بانها جيدة او ردية وخليفة او ركنية اولم بينها ويحتمل ان يكون معنى قوله وبينها اي بين قدر المال بين اذ على مائة دينار اولم يبين قدر الدينار ولم يذكر المائة في دعواه لان صورة المسئلة في اصل رواية الجامع الصغير رجل لزم رجلا فادعى عليه مائة دينار ولزمه ولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل دعه فاننا كفيل بنفسه الى غدا فان لم وافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي به فلم يواف به قال عليه مائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق انه له (قوله)

(كتاب الكفالة)

لانه علق ما لا مطلقا بخاطر الامرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه و
ان بينها ولا نه لم يصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذالم يجب لا تصح
الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في دعاوى فتصح دعاوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية *
قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عندابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده
ولا يجبر في حد الغذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد (فيليق بهما الاستيثاق

قوله لانه علق ما لا مطلقا بخاطر حيث قال فان لم او افك غدا فعلي مائة دينار ولم يقل
فعلي المائة التي لك عليه قال الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله لما قال
علي مائة دينار ولم يضيف الكفالة الى ما عليه يحتمل انه التزم مالا ابتداء فيكون رشوة
ويحتمل انه اراد ما على الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك
فعلى هذا الوجه لا يصح الكفالة وان بين المدعى به **قوله** ولانه لم يصح الدعوى من غير
بيان قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله اذالم يدع ما لا مقدار لم يستوجب احضاره
الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم يصح الكفالة بالنفس فلم يصح الكفالة بالمال
لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعى به معلوما وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف
الكفالة الى المال المدعى به **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عندابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقال لا يجبر وفي الفوائد الظهيرية وليس
تفسير الجبر هنا الحبس لكن يا مرة بالملازمة وليس تفسير الملزمة المنع من الذهاب
لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتغيب واذا انتهى
الى باب دارة واراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه
ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه في باب دارة ويمنعه من الدخول (و)

(كتاب الكفالة)

كما في التعزير) بخلاف الحدود الخاصة لله تعالى ولا يبي حيفه روح قوله عم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فليبق بها الاستيثاق كما في التعزير* ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للثمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد والعدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة

وسيجي تفسير الملازمة في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان حدا للعباد فيه حق كحد القذف وكحد السرقة على قول بعضهم واما الحدود الخاصة لله تعالى كحد الشرب والزنى وكحد السرقة على قول بعضهم فلا يجوز الكفالة فيها وان طابت نفسه اما قبل اقامة البينة فلان احدى الم يستحق عليه حضور مجلس الحكم فلم يكنل بحق واجب على الاصل وبعد اقامة البينة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل الاستيثاق فلامعنى لاخذ الكفيل واما في حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم مستحق عليه بنفس الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله كما في سائر الحقوق فاذا كفل عنه كفيل بالنفس جاز*

قوله كما في التعزير اي يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير فان التعزير محض حق العبد ويسقط باسقاطه ويثبت بالشهادة على الشهادة ولا يحلف فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالاموال **قوله** ولو سمحت نفسه به اي ولو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في حد القذف يصح بالاجماع **قوله** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل فان قيل قد قلتم يحبس به باقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط (في)

(كتاب الكفالة)

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما **قال** ومن اخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثيق والثانية يزداد التوثيق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به او مجهولاً اذا كان ديناً صحيحاً مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبني الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة

في الحبس اكثر من اخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيراً **قوله** لانه دين يطالب به الا ترى انه يطالب به ويلزم لاجله ويمنع وجوب الزكوة ويؤخذ من تركته في رواية بخلاف الزكوة لانه ليس بدين بل هو تمليك مال مبتدأ حتى لا تؤخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وان كان في الاموال الظاهرة ثم قوله دين يطالب به راجع الى الكفالة وقوله ممكن الاستيفاء راجع الى الرهن اي يطالب به فيصح الكفالة لان الكفالة تقتضي ديناً يطالب به ويمكن الاستيفاء فيصح الرهن لان الرهن توثيق لجانب الاستيفاء وانما اورد هذا لان الخراج في حكم الصلوات دون الديون المطلقة وجوبه لحق الشرع كالزكوة فكان ينبغي ان لا يصح الكفالة او الرهن به ولكن في حكم المطالبة بالايفاء والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة والرهن به والمراد به الخراج الموقوف **قوله** لان موجبه التزام المطالبة ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد بالرد وطا كانت الكفالة لا التزام المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الاول لانه قابل للتعدد الا ترى انهما لو كفلا جميعاً معاً بنفسه جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم احد الكفيلين بنفسه الاصيل برئ هو دون صاحبه وليس هذا كالدين لو كفله رجل ثم كفله به آخر فقضاة احدهما برءان وفي التقارب والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد ايهم سلم الاصيل كان كتسليمهم **وقال** ابن ابي ليلى اذا كفل الثاني برئ الكفيل الاول وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب **قوله** اذا كان ديناً صحيحاً اي الدين الذي لا يسقط (الا)

(كتاب الكفالة)

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجرة صححت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرطان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسبائك (في موضعه) ان شاء الله **قال** والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة * ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احدا الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك فوضح الفرق

الا بالاداء او البراء بخلاف دين الكتابة فانه دين ضعيف لانه ثبت مع المنافي وهو الرق لهذا يستبد المكاتب باسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه *

قوله وعلى الكفالة بالدرك اجماع مثل ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد واصل المحقوق في الدرك وقد رما يلحقه من الدرك مجهول **قوله** وصار كما اذا كفل بشجرة بان قال كتلت بها اصابك في هذه الشجرة التي شجك فلان وهي خطأ يصح بلغت النفس او لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدري قدر ما يبقى من اثر الشجرة وهل يسري الى النفس او لا يسري وان كانت عمد افعلى تقدير السراية يجب القصاص اي شجرة كانت اذا اشجها بالثمة جارية ولا يصح الكفالة في القصاص **قوله** بخلاف المالك اذا اختار تضمين احدا الغاصبين اي بالقضاء او الرضاء لانه اذا ضمن احدهما بالرضاء او بالقضاء فقد ملك المغموب منه فلا يملك رجوعه وتملكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك مالم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار تضمين احدهما بلا رضاء وقضاء له تضمين الآخر ايضا *

(قوله)

(كتاب الكفالة)

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك علي فعلي او ما فصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ومن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملايم لها مثل ان يكون شرط الوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله

قوله مثل ان يقول ما بايعت فلانا وانا قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما لان جهالة تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بايعت احدا من الناس فانا لذك ضامن لا يجوز لان المكفول منه مجهول وكذا المكفول به فتباحشت الجهالة وفي الايضاح لو قال من قتلك من الناس او غصبك من الناس او ما بايعت من الناس فانا لذك ضامن فهو باطل **قوله** والاصل فيه قوله تعالى ومن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فالآية تدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ان حمل البعير مجهول وعلى ان تعليق الكفالة بالشروط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستأجرا والمستأجر ضامن للاجر سواء كان اصيلا او وكبلا وانا كان ضامنا للاجرة بحكم العقد لم يتصور ان يكون كفيلاً عن غيره فكان معنى قوله وانا به زعيم انا ضامن للاجر بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل وامكن حمل الآية على الكفالة بان قال الهنادي للعبير ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وانا كفيل بذلك فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان الهنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بالاستيجار يصلح ان يكون كفيلاً بالاجر من المرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح لمجهول اجماعا والمكفول له مجهول هنا قلنا فيه امران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة الى سبب وجوب المال فانساخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة بالدرك وهي مضافة الى سبب الوجوب بالاستحقاق * (قوله)

(كتاب الكفالة)

اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق * فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فتحقق ما عليه وصح الضمان به * وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في متدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة * فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه * ويصدق في حق نفسه لولايته عليها **قال** وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به *

قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه وانما قيد بقوله وهو مكفول عنه لانه اذا علق الكفالة بقدم اجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار ومعنى قولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة اذا الكفالة لا تبطل بالشرط الفاسدة كالنكاح وغيرها **قوله** وكذا اذا جعل واحدا منهما اي من هبوب الريح ومجيئ المطر اجلا بان قال تكفلت الي ان يمطر السماء او تهب الريح الا انه تصح الكفالة اي فيما اذا جعل واحدا منهما شرطا او اجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا لان ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشرط الفاسدة كالطلاق والعناق ولانه في الحال تملك مطالبة بلا عوض ولو كان تملك مال من غير عوض كالهبة بالشرط لا يفسد فهنا **اولى قوله** لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال رجل لرجل ما ذاب لك علي فلان فهو علي ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب لك على الف درهم وقال الطالب لي عليك الفان (وقال)

كتاب الكفالة

فان كفلا بامر رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامر * وان كفلا بغير امر لم يرجع بما يؤدى لانه متبرع بأدائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملك المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه استعاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل

وقال الكفيل مالک عليه شيء فالقول قول المطلوب وقد لزم هناك على الكفيل ما اقرب به المكفول عنه مع انه لا ولاية له عليه ومع ان قوله ليس بحجة على الكفيل قلنا قال شمس الأئمة السرخسي رح ليس هو بالزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو اجاب المال على الكفيل بكفالة لانه لا قيد الكفالة بالذوب مع علمه ان الذوب قد يحصل عليه باقراره فتصاير ملتزم ما ذاك بكفالة *

قوله فان كفلا بامر رجع بما ادى هذا اذا كان الامر وهو المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون حتى ان المكفول عنه اذا كان صبيا محجورا او امررا جلابان يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع على الصبي اصلا وكذا العبد المحجور اذا امر رجلا بان يكفل فكفل عنه فادى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفلا عن الصبي الماذون بامر وادى كان له ان يرجع بذلك عليه **قوله** اما اذا ادى خلافه بان كفلا عن رجل بدرهم جباد واعطى الطالب زيو فارجع بمثل ما ضمنه على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما اذا ملك بالهبة بان وهب المكفول له ما على المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين يصح اذا سلطه عليه في الجملة او يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة له فيصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكن لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة رب الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما او بالارث بان مات الطالب فورته منه وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الاسباب وذلك بان احال على انسان ولم يكن على (المحتال)

(كتاب الكفالة)

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول منه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشرء حيث يرجع قبل الاداء لانه انقضى بينهما مبادلة حكمية **قال** فان لوزم بالمال كان له ان يلزم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثلته * واذا ابرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانيرا وعروضا عن الدراهم الدين او وهب له المحتال له الدين او تصدق عليه او ورث منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه بخلاف المأمور باداء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما ادى اذا كان المودى مثل المأمور بادائه او دونه حتى ان من امره بقضاء دينه وهو جيار فادى زيوفا فتجوز لها من له الدراهم يرجع المأمور بالزيوف على الأمر ولو امره بقضاء دينه وهوز يوف فادى الجيار يرجع بالزيوف ايضا لان الرجوع هناك بحكم الأمر بالاداء فلا بد من اعتبار الأمر وهو الاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الأمر في حق الزيادة وفي الفصل الاول وان وجد الأمر لم يوجد الاداء كذا في الذخيرة وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة اي هناك يرجع على المكفول عنه بما ادى وهو خمسمائة درهم لا بما ضمن وهو الف درهم لان الصلح على اقل من جنس حقد ابراء الكفيل فيدوراء بدل الصلح والابراء اسقاط فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله على خمسمائة درهم احترازا عما لو صالح على جنس آخر من الدنانير او العروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الالف التي كفل على ما يجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى *

قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عند المال قبل ان يؤدي عنه فرق بين هذا وبين الوكيل بالشرء فان لدان يطالب الموكل بالثمن قبل ان يؤدي والوجه فيه ان الكفيل ملتزم للمطالبة (و)

(كتاب الكفالة)

لان الدين عليه في الصحيح * وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز * كذا اذا اخرج المطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل * واوخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الاصل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصارا لاجل داخل فيه اما هنا فيخلافه

وانما يتملك الدين بالاداء وقبل الاداء لا ملك له فلا يرجع عليه فاما في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع فصار كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره فللمشتري الاول ان يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل ان ينقد هو الثمن الى البائع الاول *

قوله لان الدين عليه في الصحيح احتراز عما قال بعضهم بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل **قوله** لان عليه المطالبة اي على الكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولادين بحال فلزم من ابراء الاصيل ابراء الكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي فرع الدين سقوط الاصل وهو الدين والا يلزم جعل التبعية اصلا والاصل تبعاً فلم يلزم من ابراء الكفيل ابراء الاصيل **قوله** وكذا اذا اخرج الى قوله لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد اي فيما بين الاصيل والكفيل فاما الابراء الموقت والمؤبد فيفرقان في حق الكفيل فان الابراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده واما الابراء الموقت يرتد برده ويكون الدين عليه حالاً لان الابراء المؤبد اسقاط في حقه والاسقاط لا يرتد بالرد واما الابراء الموقت فهو تأخير المطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل الابطال بخلاف الاسقاط المحض **قوله** واما هنا فيخلافه لان تأخير الكفيل بعد ما كفل حالاً تأخيراً لمطالبة عن الكفيل (اذا لم يلزم)

(كتاب الكفالة)

فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه استقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئ جميعاً عن خمسمائة بإداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بامره بخلاف ما إذا صلح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا البراء الكفيل عن المطالبة *

قال ومن قال لكفيل ضمن له ما لا قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بمعنى بما ضمن له بامره لأن البراءة التي ابتداء هلمن المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإنشاء فيكون هذا اقراراً بالإداء فيرجع * وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عند براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالاستقاط فلم يكن اقراراً بالإنشاء ولو قال برئت قال محمد ربح هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالإداء إليه والبراءة

إذا ملتزم بالكفالة المطالبة فكان تأخير الملتزم فلا يثبت التأخير في حق الدين لأن الدين لم يذكّر في معرض التأجيل وإما في هذه المسئلة ذكر الدين في معرض التأجيل أوجب المطالبة عليه ابتداء موجهة ولن يكون عليه موجلاً ابتداء إلا بعد ثبوت التأجيل في حق الأصيل لأن حاله وجود الكفالة لا حق يقبل الإجل إلا الدين فبأجل في حقهما *

قوله فإن صالح الكفيل رب المال من الألف على خمسمائة إلى آخره المسئلة على أربعة أوجه أن شرط براءة تهما في الصلح برئاً جميعاً عن خمسمائة وأن شرط براءة المطلوب فكذلك يبرأ أن جميعاً وأن شرط براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير وأن لم يشترط في الصلح براءة واحد منهما بان قال الكفيل للمطالب صالحتك عن الألف على خمسمائة ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب برئاً جميعاً لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصيل فأوجب براءة فيبرأ الكفيل ضرورة ويرجع (الكفيل)

(كتاب الكفالة)

ثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف ر ح هو مثل الاول لانه اقر
براءة ابتداءها من المطلوب واليه الايفاء دون الابرء وقبل في جميع ما ذكرنا اذا كان
الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل *

قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التملك كما في سائر
البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا
كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق
لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد
لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا .

الكفيل على الاصيل بخمس مائة ان كانت الكفالة بامره لانه اوفى هذا القدر بخلاف ما اذا
صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحا عما استوجب
بالكفالة اي ما وجب بالكفالة وهي المطالبة بصورته ما ذكر في المبسوط انه لو صالح على مائة
درهم على ان يبرأ الكفيل حصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب
على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين *

قوله فيثبت الادنى وهو براءة الكفيل بدون الايفاء وذلك لان قوله برئت يحتمل البراءة
بالقبض ويحتمل البراءة بالابرء فقد تيقنا بحصول البراءة باي امر كان وشككنا في الاداء
فلا يثبت بالشك وفرق محمد ر ح بين هذا وبين ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه برئ الكفيل
من الدراهم التي كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض عندهم جميعا والفرق هو ان العرف
بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت البراءة بالايفاء وان حصلت
بالابرء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة به اقرارا بالقبض عرفا **قوله** لما فيه من معنى
التمليك وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره
لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط (قوله)

(كتاب الكفالة)

لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذ انكفل من المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالا عيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالا عيان المضمونة بنفسها كالمبيع يباع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء او المصنوع لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة *

قوله لان العقوبة لا تجري فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك فعلي بدله لم يصح **قوله** لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن وهذا لانه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء وانما يستقط حقه في الثمن واذ كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا ينسبه لا يمكن تحقيق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما يمكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقيق معنى الضم فيها ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل بمثل ما وجب على الاصيل وفي التحفة الكفالة بامانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح اصلا والكفالة بامانة واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالمبيع والمرهون تصح الكفالة بتسليم العين ومتى هلك لا يجب شيء وفي الايضاح واما العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة **قوله** خلافا للشافعي رح لكن بالا عيان المضمونة بنفسها اي بقمعتها قال الشافعي رح لا يصح الكفالة بالا عيان المضمونة بنفسها والكلام فيه راجع الى الاصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة التزلم اصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الديون (لا)

(كتاب الكفالة)

ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبل او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبد المخدم فكدل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا **قال** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكنول له في المجلس وهذا عند الشيخين محمد وقال ابو يوسف رح يجوز اذا بلغته جاز لم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في النضولي في النكاح لانهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيتقوم بهما جديعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس

لا الا عيان ولان من شرط صحة الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الإيفاء من عنده وهذا متصور في الديون ونحن نقول بان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الاصيل ورد العين مضمون على الاصيل فصح الالتزام من الكفيل * **قوله** ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض اي بعد دفع الثمن الى البائع او بتسليم الرهن بعد القبض اي كفل بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برونه حتى يقضي الدين وفي الابصاح وان كفل كفيل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرتهن رده اذا قضى الدين فان هلك سقط الضمان **قوله** فهو باطل لما بينا اشارة الى قوله لانه عاجز عنه لانه لا ولاية له في الحمل على دابة غيره **قوله** ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة اي في بعض نسخ كفالة المبسوط لانه ذكر هذه المسئلة في الباب الاول من كفالة المبسوط وقال بعد ما ذكر قولهما وهو قول ابي يوسف رح الاول ثم رجع وقال هو جائز وان لم يكن الطالب حاضرا ثم قال في موضع آخر من هذا الكتاب هو موقوف (عند)

(كتاب الكفالة)

الافى مسئلة واحدة وهى ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريفا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ

عند ابي يوسف روح وفي قوله الآخر حتى اذا بلغ الطالب قبله جاز كذا في النهاية وذكر العلامة النسفي في الكافي اختلفوا على قوله فتقبل عنده تصح بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب بيقض والا تبطل وقيل جائز عنده بوصف التنازل ورضى الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لانه تصرف التزام من الكفيل ولا الزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فرعا للنضولي في البكاح اذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كانه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاها وعندهما لا يتوقف لانه شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس لانه عقد تمليك على معنى ان المطالبة لم يكن مملوكة له وملكها بعقد الكفالة والتمليك بالشرطين فكان كلام الواحد شرط العقد وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس *

قوله الافى مسئلة واحدة استثناء من قوله الا بقبول المكفول له في مجلس العقد اي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب الاستحسان واما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسئلة ايضا لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته او لغيرهم لم يصح اذ ضمنوه فكذلك **هنا قوله** لان ذلك وصية في الحقيقة اي فيه معنى الوصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال لان يكون ذلك وصية من كل وجه لانه لو كان ذلك وصية لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وجه الاستحسان ان حق الورثة (والغرماء)

(كتاب الكفالة)

ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح *
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ فيه *

قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل الغرماء لم تصح
عندي حنفية رحمها الله وقالوا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب

والغرماء متعلق بتركته بمرضه على ان يتم ذلك بموته ويتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب او نائبه لانه يتصدق به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته او يقال انه اي المريض قام مقام الطالب لحاجته الي ان يقوم مقام الطالب في تفرغ ذمته وفيه نفع الطالب ايضا وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا حضر الطالب وقال للوارث تكفل عن ابيك لي *

قوله ولا يشترط القبول اي قبول المريض لانه يراد به التحقيق دون المساومة وهذا جواب سؤال مقدروه وان يقال لما قام المريض مقام الطالب ينبغي ان يكون قبول المريض شرطا كما يشترط قبول الطالب في مثل هذا لما ان الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له كما لو قال المشتري لرجل بعني فقال البائع بعث لم يتم البيع حتى يقول المشتري اشتريت ولا يقوم قوله بعني مكان قوله اشتريت فالجواب ان الظاهر من حال المريض ان يريد بهذا التحقيق دون المساومة فكان قوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فكان هذا نظير قول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت المرأة زوجت كان هذا بمنزلة قولها زوجت وقبلت **قوله** ولو قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه اختلف المشائخ رخص فيه قال بعضهم لا يصح هذا الضمان لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ به بالقياس (قوله)

(كتاب الكفالة)

ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل وله أنه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففدت عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

قوله ولم يوجد المسقط وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حيوته فلا يسقط الا بالايفاء او بالابراء او بانفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك فلهذا يؤخذ به في الآخرة ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع عن الميت ولو برئ لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولو كان بالدين كفيل بقي على كفالته وتسقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل **قوله** في حق احكام الآخرة اي في حق الائتم **قوله** كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل يعني ان شرط الكفالة بدين قيامه في ذمة الاصيل والدين ههنا غير ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة اعني فعل تمليك المال او تسليمه الا ترى انه يوصف بالوجوب يقال دين واجب والوجوب صفة الافعال دون الاعيان اذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذم والائتم على الاخلال به وهذا انما يتصور في الافعال دون الاعيان لان الاعيان لا تدخل تحت قدرة العباد فلا يتصور الاخلال بتحصيلها منهم ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى ائناء المال او تمليكه واذا ثبت ان الدين عبارة عن الفعل وأنه يقتفر الى القدرة لان وجوبه بدونها تكليف العاجز ولا قدرة هنا ما بنفسه فظاهر وكذا بخلفه لانه لم يبق عنه كفيل والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مفلسا فكان عاجزا اصلا فيسقط الدين ولا يقال لو كان الدين هو الفعل لما صح قولنا اوفى الدين لان معناه اوفى الايفاء لاننا نقول المراد به انه اتى بهذا الفعل وهو تمليك المال او تسليمه فان قيل المال يوصف بالوجوب ايضا يقال على فلان الف درهم فمن بيع ارضه استهلك قلنا يوصف به مجازا باعتبار انه محل الواجب كالموهوب يسمى هبة فان قيل الدين يورث وينعقد نصابا للزكاة ويجوز (١)

(كتاب الكفالة)

والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أوله مال فخلفه أو الأفضاء إلى الأداء باق *
قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره ففضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال
فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز
المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها إلى الساعي

الشراء به وهبته ممن عليه وهذه أحكام الأموال دون الأفعال وكذا المسلم فيه دين في الذمة
والمسلم يكون في الأموال دون الأفعال والدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقضي عليه
بالأفلاس والعبد المحجور وإن لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة
حكما فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقي الموضوع في البيت قلنا الدين عبارة عن الفعل
إلا أن الشرع أجرى عليه حكم الأموال من انعقاد نصابا والأرث وجواز الشراء به لكونه
وسيلة إلى المال وللشرع هذه الولاية وكذا المسلم فيه فعل له حكم الأموال وهذا يكفي
لجواز السلم فيه وأما المقضي عليه بالأفلاس واختاره قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة
الوجوب لما ذكرنا أن الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضي تلك الحالة استحقاق
العقاب على تركه والاخلال به وإذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمة عذر مانع
عن استحقاق العقاب على الترك والاخلال به ثبت أصل الوجوب وأثره وهو التكليف
بالأداء لا محالة وإن كان ثمة مانع من استحقاق العقاب ثبت أصل الوجوب وتعاذ عنه
أثره وهو التكليف بالأداء والأمر به *

قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين أي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل
فلهذا لو أقر رجل أن فلان على فلان كذا وأنا كفيل بذلك المال تصح الكفالة وعليه
أداء الدين **قوله** فخلفه أو الأفضاء إلى الأداء أي إذا كان به كفيل فخلفه باق وإذا كان له
مال فما يفضي إلى الأداء باق لأنه يستوفى من المال فيجعل باقيه في حق أحكام الدين وإذا تبرع
به فبيرة صح لأن صحة تملك المال لا تتعلق بوجود الدين على أن صحة التبرع بناء (على)

(كتاب الكفالة)

ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده * وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه

على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن المدينون للضرورة فيتقدر بتدريها فيظهر في حق من عليه دون من له *

قوله كمن عجل زكوته الى الساعي وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة ونمنا عند مضي المحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترده **قوله** ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر وهو ما ذكر بعد هذا بخطين بقوله اما اذا قضى الدين فظاهر الى آخره هذا اذا دفع المطلوب المال الى الكفيل على وجه القضاء بان قال له اني لا آمن ان ياخذ منك الطالب حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المودى ملكاً للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمودى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يتقدر عليه كذا في الكافي لكن ذكر في كتاب الكفالة من الكبري قال الحسن بن زياد رح وقال ابو الليث رح هذا اذا دفعه الى الكفيل على وجه القضاء اما اذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد وقال نجم الاثمة المكي رح واليه وقعت الاشارة في باب الكفالة بالمال من الاصل فانه مال الكفيل يكون اميناً **قوله** فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا قلنا ان للمكفول عنه اذا رهن عينا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين ولو أبرأ (١)

(كتاب الكفالة)

الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع * ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بيناه انه ملكه قال واجب الي ان يرد على الذي قضا الكرو ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رح هوله ولا يرد على الذي قضا وهورواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه اولانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضا به بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرد عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لاحتمل ان الحق له *

قال ومن كفل عن رجل بالنف عليه بامرة فامره الاصيل ان يتعين عليه تحرير انفعول فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة

الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه له يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد الاداء * **قوله** الا ان فيه نوع خبث اي على قول ابي حنيفة رح ونبينه وهو قوله في تعليل قول ابي حنيفة رح وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد الى آخره **قوله** لكنه استحباب لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا ايجابا ولا استحبابا ولو انعدم الملك اصلا كان الربح خبيثا فان كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه امزناه بالتصدق او بالرد على المالك استحبابا لا ايجابا توخيها على الشبهين حظهما فاذا رده الى المالك ان كان فقيرا طاب وان كان غنيا ففقه روايتان والاشبه انه يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه واما اذا اعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رح والله وطاب له عند ابي يوسف رح لما عرف **قوله** ومعناه الامر ببيع العينة اي النسيئة والعينة السلف ويقال باعه بعينة اي نسيئة كذا في المغرب (١)

(كتاب الكفالة)

مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه لا قد * **قال** ر. عن كثر عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فقام الجديع البيعة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل يستدان المكفول به مال متقضى به وهذا في انطه القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء

اي معنى قوله يتعين عليه حريراً اشتري حريراً بعينه ثم بعد بالتد باقل منه واقض ديني * **قوله** مثل ان يستقرض من تاجر عشرة هذه صورة بيع العينة فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمه عشرة باثني عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل اى ربح درهمين وفيه صورة اخرى وهو ان يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثالثاً في هذه الصورة فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما خلا بينهما ثالثاً تحرز عن شري ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ويبيع العينة مكروه ذميم اخترعه آكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعت بالعين وتبعتم اذ ناب البقر للنم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة ثم قيل هو ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله علي ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن اشتري ثوباً لتبيعه في السوق فتقضي بثمنه الدين فان امكنك ان تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فيها ونعمت وان لم يمكن لك الا بالخسران فذلك علي غير ان هذا الضمان باطل لان الضمان (انما)

(كتاب الكفالة)

او مال يقضى به وهذا ما مضى اريد به المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والد عوى مطلق
عن ذلك فلا يصح * ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره
فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امرة
يقضى على الكفيل خاصة وانما يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم

انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فيبطل ضمانه
كمن يقول لا خرباع في هذا السوق على ان كل وضبعة وخسران يصيبك فاناله ضامن
وقيل هو توكيل لانه اخرج الكلام مخرج الوكالة ولهذا ذكر في بعض النسخ تعيين لي حريدا
مكان علي لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذ الم يبين نوع التحرير ولا مقدار الثمن لان بيع العينة
لا يتحقق الا بازيد من قيمة السلعة وتلك الزيادة مجهولة وان كان الدين معلوما وقد رالدين
مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون الثمن مجهولا *

قوله او مال يقضى به معطوف على قوله مال مقضى به **قوله** وهذا ما مضى اي قوله
بما ذاب له او قضي له ما مضى اريد به المستقبل كقوله اطل الله بقاءك اي المكفول به
مال يقضى به له على الاصيل بعد الكفالة والمدعي في دعواه ان له على المكفول
عنه الف درهم لم يتعرض ان القاضي يقضى به بعد الكفالة وليس من ضرورة كون الالف
على الاصيل ان يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ولهذا اقر الكفيل على الاصيل
بمال الطالب لا يلزمه الا اذا حضر الاصيل وقضى عليه فح يلزم الكفيل وقبل ذلك كانت
على الغائب والبينة على الغائب لا تقبل حتى لو قال الطالب اني قدمت المطب بعد الكفالة
الي فلان القاضي واقمت البينة عليه بالف وقضى لي بذلك عليه فصرت كنيلا بذلك
صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي
على الكفيل والغائب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو اقر لزوم **قوله** وانما تقبل
اي البينة من المدعي في هذه المسئلة وهي ما اذا اقام البينة ان له على (فلان)

(كتاب الكفالة)

وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء
وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذ اقضى بها بالامر
ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه
تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل
بما ادعى على الامر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره

فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامر لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وهو ما اذا
كفل عن رجل بما ذاب له او بما قضى له فكان المكفول به ما لا موصوفات يكونه مقضيا به
على المكفول عنه بعد الكفالة فماله يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب
على الكفيل بكون دعوى المدعي هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه
فلذلك لم تقبل واما ههنا دعوى المدعي على الكفيل الكفالة بمال مطلق اي غير موصوف
بانه قضى به على المكفول عنه واقام البينة على وفق دعواه فلذلك يقضى به على الكفيل
قوله وانما يختلف بالامر وعدمه اي فيما اذا كان بالامر يتقضى به على الاصيل ايضا
وفيما اذا كان بغير امر يتقضى به على الكفيل خاصة لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء وبغير امر تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بامر لم يصح القضاء بغير امر
وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدي الى الغائب والا لا يكون
معاوضة ولان امر الاصيل الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة
واذا كانت الكفالة بغير امر فليس من ضرورة صحتها التعدي الى الغائب لانها لا تمس
جانب المكفول عنه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل ولو قال تكفلت لي عن
فلان بكل مالي عليه وانه كان لي عليه الف درهم وبرهن على المال والكفالة قضى عليه
وعلى الغائب ادعى الامر والا اذا كان بامر يرجع والا والفرق بين هذا وبين
ما اذا قال ان لي على فلان كذا وهذا كفيل عنه واقام البينة قضى على الكفيل (خاصة)

(كتاب الكفالة)

ونحن نقول صار مكذباً بشر عا فبطل ما في زعمه *

خاضعة ان قوله كفلت عن فلان بالف درهم لك عليه اقرار بوجوبه عليه من جهة الكفيل
وذا كاف لصحته فلا يحتاج الى القضاء على الاصيل واما قوله كفلت لك بكل مال لك
عليه فليس باقرار منه لوجوب شيء عليه لانه لم يقدره الا ترى انه لو كفل هكذا ثم انكر
المال على الاصيل كان القول له فصار تقديره بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شيء
واذا صار معلقا صار القضاء بالمال على الاصيل شرطاً لوجوب المال على الكفيل فصار
القضاء على الكفيل مقتضياً لشرطه ولان في الكفالة المبهمة لما لم يمكن اثبات شيء على الكفيل
الا بآبائته على الاصيل انتصب الحاضر خصماً عنه وامكن اثبات المال على الكفيل
فيما اذا كان الكفالة ببال مقدراً فاقصر على الكفيل قال مشائخنا راجع وهذا طريق من اراد
اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل
من ادعى على آخر حقاً لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصماً عن الغائب
الا ترى ان من قذف رجلاً وادعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فقام
المقدوف عليه البينة انه كان عبداً للفلان وقد اعنته قضي بعقته لانه ادعى لنفسه حقاً لا يتوصل الى
اثباته الا بآبائات العتق فصار القاذف خصماً عن الغائب فصار القضاء عليه قضاء على الغائب *

قوله ونحن نقول صار مكذباً بشر عا هذا كمن اشترى شيئاً واقران البائع باع ملك نفسه
ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن لانه صار مكذباً
شراً والفرق لمحمد راجع بين هذا وبين ما اذا اشترى عبداً ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة
بعد ما انكر العيب واراد ان يرد على بائعه لم يكن له ذلك مع ان القاضي لما قضى
عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه وهو ان قوله لا عيب فيه نفى العيب في الحال والماضي
والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند
البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني *

(قوله)

(كتاب الكفالة)

قال ومن باع دار او كفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع * ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليمًا وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره وعلته كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او يباعا بائنا فاذا هو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين *

قوله وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع يتوقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس فاذا قبل في المجلس حتى انبرم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ساعيا في نقض ما اوجبه ومن سعى في نقض ما اوجبه من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا **قوله** ولو شهد وختم اي كتب شهادته في صك الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليمًا واقرارا بان المبيع ملك البائع لان البيع كما يوجد من البائع يوجد من غيره وله ان يقول انما كتبت شهادتي لاحفظ الحادثة اولا تأمل ان في هذا العقد ضرر افارده او نفعًا فاجيزه والشهادة لا تكون مشروطة في البيع ايضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد بالبيع عند القاضي وقضى بشهادته ولم يقض حتى ادعى بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى المالك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى وما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع ولو اُخبر ان (فلانا)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

* فصل في الضمان *

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن منافع (رب المال) فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما خاصا من نفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشترائه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك

فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه يصح دعواه قال مشائخنا رحمهم الله الجواب المذكور في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشراء او كتب جرى البيع بمشهدى او كتب اقرا بالبيع والشراء عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا او هو يملكه او باع بيعا باثنا فذا وهو كتب شهد بذلك فلا يصح دعواه بعد ذلك ومتى كان في الصك باع فلان كذا او اقترانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك تصح دعواه وقوله وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة وصيانة عن التغيير والتبديل ولم يبق ذلك العرف في زماننا والحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم ام لا *

* فصل في الضمان *

قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن يعني الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن المشتري **قوله** لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وفي الفوائد الظهيرية لا معنى لهذا التردد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا ولا معنى للقول بان فيه قسمة الدين قبل القبض لان نقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين (فكذا)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

بخلاف ما اذا باع بصفتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويتبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل *

قال ومن ضمن من آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جازا ما الخراج فقد ذكرناه

فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قيل انه لو صح الضمان فما يؤد به الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب احدهما للآخر ان يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشايخنا رحمهم الله ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء *

قوله بخلاف ما اذا باع بصفتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن احدهما صاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصنقة اذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما **قوله** وان قبل الكل اي للمشتري ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد حصته من الثمن وان قبل الكل وذكر الامام المحبوبي رحمه الله ان كان البيع صفتين بان سميا لكل نصيب ثلثا صح ضمانه لانه لا شركة بينهما الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر يصح ولو قبل الكل ثم نقد حصته احدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول **قوله** وما الخراج فقد ذكرناه وهو قوله والرهن والكنالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء ثم قيل المراد من الخراج الذي تصح الكفالة عنه الخراج الموقوف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة على مال على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين وفي الفوائد الظهيرية اما الخراج فلانه دين كسائر الديون من حيث انه يطالب به من عليه ويحبس فيه ثم قال كأنه اراد به الخراج الموقوف *

(قوله)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الابوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيره اجازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشائخ رح وممن يميل الى الصحة الامام عليّ البزدوي

قوله وهو يخالف الزكوة اي الخراج يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الابوصية وهذا الان واجب الزكوة فعل هو عبادة والمال محل لا قامة ذلك الواجب ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعيان غير مضمونة بخلاف الخراج لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذات من حريم الدين والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك نحو ان يقضي القاضي بكري نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فابى واحد منهم من الكري وانفق شريكه بامر القاضي يصير حصّة الآبي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها * لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل وكذا اجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها وكذا ما وظف الامام عليّ الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال من المال او يحتاج الى فداء اسارى المسلمين فوظف على الناس ما لا لاجل ذلك فهو واجب مضمون تصح الكفالة به وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا اختلف المشائخ قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لا التزام المطالبة بها على الاصيل شرعا ولا شيء هنا على الاصيل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم فخر الاسلام عليّ البزدوي رحمه الله تصح الكفالة بها لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة به لانها شرعت لا لزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجروا ان كان الآخذي الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من (قضى)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها وحصتها منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه * ومن قال لا خراك
علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك
من فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر
اقر بالدين ثم ادعى حق لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين
لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون
عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار

قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره *
قوله وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها فحينئذ يكون الرواية بالواو وحصتها
منها فيكون ح بين القسمة والنوائب مغايرة والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلثه اشهر والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع وقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد البردعي رحمه الله
انه قال وقع هذا الحرف غلط لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون *
وكان الفقيه ابو جعفر رحمه الله يقول معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة
من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن انسان بها لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم
معناها اذا اقتسمنا منع احد الشريكين قسمة صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة بسكون
السين وحذف الناء كذا في الفوائد الظهيرية وقيل اراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم
الغلة اذا كان الخراج مقاسمة **قوله** والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت
بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشائخ **قوله** لانه لا دين
عليه في الصحيح احتراز عن القول الآخر بانه يجب للطالب على الكفيل دين ايضا
قوله فكان القول قول من انكر الشرط اي مع اليمين * (قوله)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الاصيل والشافعي رح
الحق الثاني بالاول وابويوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه *
قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم ياخذ الكفيل حتى يقضي
له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم ينقض
له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل
وعن ابي يوسف رح انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق

قوله اما الاجل في الكفالة نوع يعني لما كان نوعاً وجب ان يقبل قوله في بيانه لانه لا يدعي
العارض بخلاف الاجل في الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمنكر الشرط
والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابويوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق
الاول بالثاني هكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال
والشافعي الحق الاول بالثاني وابويوسف فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول وذلك لان
عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصلين جميعاً فكان الاقرار بالدين وهو
المذكور اولاً في الرواية ملحقاً بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد فيما قلنا
ومذهب ابي يوسف فيما يروى عنه على عكس حجة الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان
حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل نفذ اقراره باحد نوعي الدين فالقول قوله وحجة ابي يوسف رح
انهما تصاد فاعلى وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة
الآتري ان دلوا قراً بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار لما قلنا فكذا
دعوى الاجل **قوله** والفرق قد اوضحناه اشارة الى قوله وجه الفرق ان المقر اقر بالدين
الى آخره **قوله** لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع ولهذا جاز المستحق البيع بعد
قضاء القاضي له عم البيع ولو كان الثمن عبداً فاعتقه باع الجارية فنفذ حكم القاضي (للمستحق)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل * ومن اشترى عبدان ضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رح لانه عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك

للمستحق بعد اعتاقه وانما يصير كفيل اذا قضى بالثمن على البائع فقبل ذلك لا كفالة فلا يكون للمشتري ان يأخذ الثمن من الكفيل هذا جواب ظاهر الرواية وهو الصحيح لان الاستحقاق لا ينفي ابتداء البيع فالولي ان لا ينفي البقاء بخلاف القضاء بالحربة لان البيع يبطل بها لعدم المحللة وجه الورود ان بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق *

قوله وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب المازون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه ومن ابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليل النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقص حتى لا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخذ العين بحكم الحاكم دليل القسح فينفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشتري ان يأخذ الكفيل اذا قضى عليه بالاستحقاق **قوله** فضمن له رجل بالعهد اعلم ان ههنا ثلث مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمن العهدة باطل بالاتفاق لما ذكر في الكتاب وضمان الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فعندهما جائز لان تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك وابو حنيفة رحمه الله يقول تفسير ضمان الخلاص تخلص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل حال وذلك باطل لانه التزم شيئا لا يقدر عليه **قوله** لان هذه اللفظة مشبهة (اي)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

وهو تسليم المبيع او قيمته فصيح *

* باب كفالة الرجلين *

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادنى احد هما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان ادائه نائبه كادائه

اي لفظة العهدة قد تقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وقد تقع على العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوقه لانها من ثمرات العقد وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهددة الرفيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان العهدة يصح ويكون عبارة عن ضمان الدرك تصحبا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وابو حنيفة رحمه الله يقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال *

قوله وهو تسليم المبيع او قيمته اراد به الثمن والله اعلم *

* باب كفالة الرجلين *

قوله ثم هو تابع للاول اي الثاني وهو المطالبة تابع للدين لان المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين لان المطالبة بالدين ولادين محال **قوله** وفي الزيادة لا معارضة اي من كل وجه وفي النصف ايضا لم يكن معارضة حقيقة ولكنه كانت معارضة صورة ولا دور ايضا لان المؤدي لما نوى عما كان عليه بطريق الاصلالة برئ صاحبه عن الكفالة فاذا جعل المؤدي الزيادة من صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدي (قوله)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال علي ان كل واحد منهما كفيل من صاحبه
فكل شيء اداة احدهما رجع علي صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح
ان يكون الكفالة بالكل من الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان
علي ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل
وكما تصح الحوالة من المحتمل عليه واذا عرف هذا فما اداة احدهما وقع شائعا عنهما
اذا الكل كفالة فلا ترجيح للبعض علي البعض

قوله فيؤدي الى الدور لانه لو جعل شيء من المودى من صاحبه فلصاحبه ان يقول
اداؤك كادائي فان جعلت شيئا من المودى عني ورجعت علي بذلك فلي ان
اجعل المودى عنك كما لو اديت بنفسك فينتضي الى الدور **قوله** ومعنى المسئلة في الصحيح
ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك يريد به ان معنى ما قال في الكتاب
واذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالكل وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه بالكل ايضا وانما قال في الصحيح لانهما لو كفلا بالالف كان الالف منقسما عليهما
بصفتين ثم اذا كفل احدهما عن صاحبه فادى احدهما نصف المال فانه لا يرجع علي الآخر
حتى يزيد المودى علي النصف لان جهة الضمان قد اختلفت لان نصف المال كان واجبا عليه
بحكم ضمانه بغير واسطة والنصف الآخر كان واجبا عليه بحكم الكفالة الثانية فنزل هذا منزلة
المسئلة الاولى **قوله** والمطالبة متعددة يعني انما يكون كل واحد منهما كفلا عن الاصيل
وكفلا عن صاحبه لان موجب الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة مطالبة علي الاصيل ومطالبة
علي الكفيل وقد التزمهما كل واحد منهما فيجتمع الكفالتان علي كل واحد منهما **قوله**
علي ما مر إشارة الي ما مر من قوله لان موجبه التزام المطالبة هي متعددة في تعليل قوله
من اخذ من رجل كفلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفلا آخر فهما كفلا **قوله** وكما تصح
الحوالة من المحتمل عليه اي حوالة المحتمل عليه بما التزم علي آخر يصح فكذا في الكفالة (قوله)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدوران قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادنى (فلا ينقض برجوع الآخر عليه) بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبة وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره **قال** واذا ابرأ رب المال احدهما اخذا الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل بقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل ب كله على ما بيناه ولهذا ياخذ به **قال** واذا افترق المتقاضيان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاء وبالجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا ب ادائه ويجعل كفيل بالالف في حق صاحبه وسند ذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك

قوله بخلاف ما تقدم اي بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما اصيلا في النصف لان دين الاصلالة مقدم فلا يرجع حتى يزيد على النصف **قوله** ولا يؤدي الى الدوران لانه اذا رجع احدهما على صاحبه بنصف ما ادنى ليس للآخر ان يرجع عليه لان قضيته الاستواء وقد حصل بخلاف ما اذا كان على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بان هناك جعل المودى عن الكفالة يؤدي الى الدوران فلا يجعل **قوله** والآخر كفيل ب كله على ما بينا اشارة الى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون كفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك **قوله** لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين وهي مسئلة اول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلالة وما عليه بحق الكفالة وما ذكره من لزوم الدور **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال كاتبكما (على)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

فما اداة احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولورجع بالكل لا تحقق المساواة
قال ولولم يؤد يا شيا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف
لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى
النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل واحد منهما
احثيا لا لتصحیح الضمان واذا جاء العتق استغني عنه فاعتبر مقابلا برقيتهما فلهذا يتنصف *

على الف الى سنتي الفوائد الظهيرية رجل كاتب عشرين له كتابا واحدة ثم انما قيد في المسئلة
بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتب على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل
الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا وهذا العقد صحيح استحسانا والقياس ان لا يصح لانه شرط
فيه كفالة المكاتب والكفالة تبدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسدا ان
الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان ان هذا عقد يحتمل الصحة بان يجعل المال
على احدهما وعتق الآخر معلقا بادائه كما في الولد المولود في الكتابة ويجعل كل واحد في
حق المولى كان المال كله عليه وعتق الآخر معلق بادائه فيطالب كل واحد منهما بجميع
المال بحكم الاصاله لا بحكم الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعا مقسما
عليهما ولكن انذرنا المال على كل واحد منهما تصححا للكتابة فقيموا راء ذلك العبرة للحقيقة *

قوله فما اداة احدهما رجع على صاحبه بنصفه فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف
ما ادنى والمال في الحقيقة مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فيجب ان
لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المودى على ما يخصه كما في مسألة الدور قلنا انما
يرجع على صاحبه بنصف ما ادنى تحرزا عن طريق الصفقة على المولى لان المودى
لوقوع عن المودى على الخصوص يبرأ بادائه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا برئ مما
عليه من البدل يعتق والمولى شرط عليهما ان يؤد يا جميعا ويعتقا جميعا ونظيره نصراني كاتب
عشرين له نصرانيين على خمرة كتابة واحدة فاسلم احدهما انقلب ما عليهما قيمة (قوله)

(كتاب الكفالة ... باب كفالة العبد وعنه)

والمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايها شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصاله فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدى عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشي لانه ادى عن نفسه والله اعلم *

* باب كفالة العبد وعنه *

ومن ضمن من عبد ما لا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرتة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر فصاركما اذا كفل عن غائب ومفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيا منه مقامه ومن ادعى على عبد ما لا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا

قوله والمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايها شاء لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت **قوله** المعتق بالكفالة فان قيل كيف يكون المعتق ههنا كفيل ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة في ابتداءه ببدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيل عن غير المعتق ببدل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كما في موت الشهود والله اعلم *

* باب كفالة العبد وعنه *

قوله ومن ضمن من عبد ما لا لا يجب عليه حتى يعتق اي ما لا هذه صفته وهي انه لا يجب عليه حتى يعتق بان اقربا استهلاك مال وكذبه المولى او اقضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يواخذ به في الحال (قوله)

(كتاب الكفالة ... باب الكفالة العبد عنه)

فان ادعى رقبه العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول *

قال واذا كفل العبد عن مولاة بامره فعتق فاداه او كان المولى كفله عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر ربح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح الكفالة بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها

قوله فان ادعى رقبه العبد وفي الفوائد الظهيرية فان ادعى على ذي اليد رقبه العبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد اثبات ملكه باقامة البينة لانه لو ثبت ملك المدعى باقرار ذي اليد او نكوله عند التحليف وقدمات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الاصيل الا اذا اقر الكفيل بما اقربه الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل **قوله** ومعنى الوجه الاول وهو ما اذا كفل العبد عن مولاة بامره ان لا يكون وفي بعض النسخ ان يكون بغير حرف النفي والصحيح من الرواية ان لا يكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح امر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير لا ترى انه يملك ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذا له ان يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مديونا لان مولاة صار كالاجنبي عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك امره بالكفالة واما كفالته عن العبد فتصح بكل حال سواء كان العبد مديونا ولا فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماله وهي من ملك مولاة فاي فائدة في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة لو باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر امواله وهذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل على عبد رجل دعوى فكفل مولاة بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه (قوله)

(كتاب الحوالة)

وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابد اگمن كفل من غيره بغيرا مرة فاجازة ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبداً لانه دين ثبت مع المان في فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً بنا في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبديل السعاية كمال الكتابة في قول ابى حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده

* كتاب الحوالة *

قال وهي جائزة بالديون قال عليه الصلوة والسلام من احبل على ملي فليبيع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة *

قوله وقعت غير موجبة والفقهاء فيه ان الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الاصيل الا ان ما يجب للكفيل مؤجل الى وقت ادائه ولهذا الوابراً الكفيل الاصيل يصح ولا يرجع اذا ادعى الكفيل بعد ذلك فنيين ان الاعتبار وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيئاً على مولاه **قوله** وبديل السعاية كمال الكتابة في قول ابى حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده ولا يجوز الكفالة به للمولى ولكن كان ذلك معللاً بالعلة الاولى وهي قوله لانه يثبت مع المان في لما ان للمستسعى عنده احكام العبد من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين والحدود وغيرها ون العلة الثانية لانه لا يرد في حقه التعجير وسقوط السعاية بالتعجير *

* كتاب الحوالة *

هي اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيداً بماله علي على رجل فاحتمل زيد به على الرجل فانما محيل وزيد محال ومحتمل والمال محال به والرجل محال عليه ومحتمل عليه وقولهم للمحتمل المحتمل له لغو لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتمل حويل كذا في المغرب وهم في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتمل عليه **قوله** وهي جائزة بالديون قال حرم من احبل على ملي فليبيع فالامر بالاتباع دليل الجواز (قوله)

(كتاب الحوالة)

وانما اختصت بالديون لانها تنبئ من النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين
قال ونصح الحوالة برضاء المحيل والمحتمل والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي
ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاء واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين والالزوم بدون التزامه
واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاء ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه
تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذالم يكن بامره
قال واذا تمت الحوالة بري المحل من الدين بالقبول وقال زفر راجح لا يبرأ اعتبارا
بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين
منى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني
اللغوية والتوثق باختيار الاملاو الاحسن في القضاء

قوله انما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والنقل في الدين لافي العين لان هذا نقل
شرعي والدين وصف شرعي فيظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت
شرعا اما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي فان قبل
بشكل هذا بما اذا كانت الحوالة بغير امر المحيل حتى ان من قال لغيره ان لك على فلان
كذا فاحتل بها علي ورضي بذلك صاحب الدين صحت الحوالة ولا يتحقق النقل فيه
فلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل اذا قال اديت دينك علي ان لا ارجع علي
المديون تكون الحوالة موجودة معنى والمعتبر المعنى دون اللفظ **قوله** ونصح برضاء المحيل
والمحتال صحة الحوالة تعتمد قبول المحتمل والمحتال عليه ولا تصح الحوالة في غيبة المحتمل
في قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة
لغايب ولا يشترط حضرة المحتمل عليه لصحة الحوالة حتى لو احال عليه رجل غائب
نم علم الغائب فقبل صحت الحوالة وكذا لا يعتبر حضرة لمحيل ولا رضاء **قوله** واذا تمت
الحوالة بري المحيل والمتأخرين اختلاف في ان الحوالة توجب براءة المحيل من المطالبة (و)

(كتاب الحوالة)

وانما يجبر على القبول اذ انقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا *
قال ولا يرجع المحتمل على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى

المطالبة والدين ام عن المطالبة دون الدين وانما اختلفوا ذكر محمد رح مسائل تدل على القولين اما من قال توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رح المطلوب احوال طالبه على غريمه مقيد بما له عليه برئ المحيل ومنها المحيل وهب الدين من المحتمل عليه او ابرأه لا يصح بالا جماع ذكره في الجامع وذكر فيه ايضا انها مختلفة بين المتأخرين وذكر في المبسوط عند ابى يوسف رح لا يصح وعند محمد رحمه الله يصح ومنها احوال الكفيل الطالب على آخر برئ هو والاصيل ومنها وكل رجلا بقبض الدين فاحال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة اما من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رح المحتمل ابرأ المحتمل عليه عن الدين فالمحتمل عليه لا يرجع به على المحيل ومنها المحتمل وهب الدين من المحتمل عليه فالمحتمل عليه يرجع به على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين وان كان يلتقيان قصاصا فيسقط دين المحيل وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحتمل ابرأ المحتمل عليه لا يرتد بده ولو وهب الدين منه يرتد بده وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين اجبر المحتمل على القبول ولم يكن متبرعا ومنها المحيل لا يصلح وكيل عن المحتمل بقبض الدين من المحتمل عليه علم ان الدين باق عليه وانما تأخرت المطالبة فصار الحاصل ان الحوالة تنقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل ان يتوى المال على المحتمل عليه وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتمل على المحيل فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التأجيل في البعض ليكون عملا بهما *

قوله وانما يجبر على القبول اذ انقد المحيل جواب سوال وهو ان يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتمل عليه لما اجبر على القبول اذ انقد المحيل كما لو (تبرع)

(كتاب الحوالة)

لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الاسباب جد يدولنا انها مقيدة بسلا مة حقه له
اذ هو المقصود او تنسخ الحوالة لغواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع *
قال والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين وهو اما ان يجمد الحوالة ويحلف

تبرع انسان بقضاء دينه لانه يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل
هو متبرع حال اداء الدين اذ لا دين عليه في الحال نطعم ما ذكرت موهوم تلة المتبرع من
بتصد الاحسان الى الغير من غير ان يتصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الاداء قصد
دفع الضرر عن نفسه حيث استط عن نفسه المطالبة بحبس حال اعساره فلا يكون متبرعا *

قوله لان البراءة حصلت مطلقة اي عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة
للتل والمقتل من الاوصاف لا يعود ولنا انها مقيدة اي ان البراءة مقيدة بسلامة
حقه له يعني ان الحوالة التي تحصل بها البراءة وان كانت مطلقة لفظا لكنها هي مقيدة
بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتمل حقه يرجع به على المحيل فان دلالة الحال تصلح
للتقييد كما اذا اقامت المرأة للخروج فزال الزوج ان خرجت فانت طالق ينصرف
الى هذه الخرجة التي قصدت في الحال حتى لو تعدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق
قوله اذ هو المقصود اي وصول حق المحتمل اليه سالما هو المقصود من عقد الحوالة
لانه عند توثق فيليب بحالة ابرام العقد واحكامه لا ابطاله فصار كوصف السلامة في المبيع
بان اشترى شيئا فوجده معيبا يرجع بنتصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف
السلامة مستحق للمشتري فلما لم يسلم للمحتمل حقه يرجع به على المحيل ولان البراءة
حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحل
الذي انتقل عنه كما لو اشترى بالدين شيئا وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين
كما كان فكذا هنا والجامع انها سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة
انتسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ *

(قوله)

(كتاب الحوالة)

ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوئي
في الحقيقة وقال هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته
وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غادورائهم
قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي
عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء
دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر (ولا يكون الحوالة اقراراً
منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه) *

قال واذا طالب المحيل المحتال بما احواله به فقال انما احلتك لتبضه لي وقال المحتال لا بل
احلتي بدين كان لي عليك فاقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر

قوله ولا بينة له عليه او يموت مفلساً ذكر الامام التمر تاشي رحمه الله او يجمد المحتال عليه
الحوالة ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت ولم يترك ما الاولاد ديناً ولا كتب لا ولو مات
المحتال عليه فقال المحتال مات مفلساً وقال المحيل بخلافه ففي الشافعي القول للمحتال مع اليمين
على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مال
ولو كان حياً فزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذ زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله
مع يمينه على علمه وفي شرح النصحي القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين
قوله وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما يقال افلس
اي صار ذا فليس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي
قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة هما يقولان اعتبر القضاء بالافلاس في اخراجه
من السجن فكذا في حق غيره وابو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال
ما دورائهم فقد يصبح الرجل فقيراً ويمسي غنياً راح خلاف غدا اذا جاء او ذهب رواجاً
اي بعد الزوال والمعنى جاء وذهب او عكسه ثم عود المال الى المحيل بالتوئي (لا لتعذر)

(كتاب الحوالة)

ولنظرة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه *

قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقبدة بالمغضوب لان الفوات التي خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقبدة بالدين ايضا

لا لتعذر الاستيفاء الا ترى انه لو تعذر استيفاء من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور التوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للالتزام وبعد الانلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من ان يكون محلا صالحا للالتزام فثبت التوى بهذا الطريق حكما *

قوله ولنظرة الحوالة مستعملة في الوكالة جواب سؤال مقدروه وان يقال اذا احال فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمته الى ذمته فاجاب ان الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد بن حارث اذا صار مال المضاربة ديناً على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له احال رب المال على الغرماء اي وكل وتستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من اتهمه مع يمينه وذكر شمس الاثمة السرخسي رحمه الله وتحتل المسئلة معنى آخر وهو ان المحتال اذا استوفى الالف وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان ذلك المتاع ملكي وكنت وكيلاً ببيعه من جهتي والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بيعته لنفسه فيقول قول المحيل ح لان اصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملاً لغيره والتمن انما وجب بالبيع في المحل الذي هو في يده وهو الذي باشره فيكون التمن واجبا له في الظاهر فلذلك كان القول قوله **قوله** ومن اودع رجلا الف (درهم)

(كتاب الحوالة)

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة فباخذة منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده **قال** ويكره السفاتج وهي فرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عمن فرض جرتعا *

درهم واحد بها آخر عليه فهو جائز الاصل ان الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحتال عليه او بعين في يده بغصب او ودیعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا ولا يتقيد بها بدين او عين او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم المطلقة حالة وموجلة *

قوله وحكم المقيدة في هذه الجملة اي حكم الحوالة المقيدة في جملة ما ذكرناها وهي ما اذا كانت مقيدة بالعين او بالدين والعين اما ان كانت ودیعة او غصبا ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان للراهن بعد ما رهن لا يبقى حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخالف الرهن من حيث ان المحتال له لا يكون اخص بذلك العين او الدين الذي قيدت حوالة به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو اسوة لهم والمرتهن يكون اخص بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن **قوله** بخلاف المطلقة وهي ان يقول المديون لرب الدين احلنك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل ليمودبها من المال الذي لي عليه والعين الذي عنده من غصب او ودیعة لانه لا تعلق لحقه اي لحق المحتال به اي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه وبذلك العين الذي عنده **قوله** بل بذمته اي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه اي من الدين او عنده من الغصب والوديعة **قوله** ويكره السفاتج السفجة تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وفي المغرب السفجة بضم السين وفتح الناء واحدة السفاتج وصورتها ان يدفع الي تاجر ما لا يرضى ليدفعه الي (صديقه)

(كتاب ادب القاضي)

* كتاب ادب القاضي *

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في الموالي شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقن من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط اهلية الشهادة يشترط اهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو تلد يصم الا انه لا ينبغي ان يتلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يتبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا فتنسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رح وقال المشافعي رح الفاسق لا يجوز قضاؤه كذا لا يتبل شهادته عنده وعن علماءنا التمسرح في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق ابتداء يصح *

صديقه وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي ان يقرض انسانا ليقتضيه المستقرض في بلديريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق فان لم تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحوالة لانه احوال الخطر المتوقع على المستقرض ولذلك اوردته في آخر باب الحوالة والله اعلم *

* كتاب ادب القاضي *

القضاء عبارة عن الاحكام لغة قال وعليها سرود نان قضاها وعن الالتزام شريعة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله والسنة فانه عليه السلام قضى وولى عليا ومعاذا والاجماع والمعتول نفى القضاء بالحق اظهار العدل وبقامت السموات والارض ودفع الظلم من الجاهل وهو ما يدعوا اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم والملهوف والنهي عن المنكر والامر بالمعروف ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء *

قوله حتى يجتمع في الموالي على لفظ اسم المنعول ليكون في دلالة على تولية غيره اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي على ما يجي ان شاء الله تعالى **قوله** فلان حكم القضاء يستقن من (حكم)

(كتاب ادب القاضي)

ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدلته فلم يكن راضيا بتقليدها ونهاه هل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذارا عن النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فنصحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه والقدرة دون العلم ولنا انه يمكن ان يقتضي بتعمي غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو اصال الحق الى مستحقة وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولي لقوله عم من قلد انسا ناعدا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار واصحاب فقه له معرفة بالحديث ليعرف بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس

حكم الشهادة اي يستدلان كل واحد منهما من باب الولاية لان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير او ابى فالشهادة والقضاء كذلك وانما قلنا ان حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة ان الشهادة بمنزلة الاصل والقضاء كالتابع لها الا ترى انه ينبغي عليها *

قوله ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدلته فقلد التقليد بحال عدلته فصار كانه علق بقاء قضاء القاضي بحال عدلته فلما فسق لم يبق التقليد لارتجاع العدالة وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرط بان يقول السلطان لرجل اذا قدمت بلادك فانت قاضيها او يقول لرجل اذا اتيت مكة فانت امير الموسم فكذلك يصح ايضا تعليق عزل القاضي بالشرط **قوله** وفي حد الاجتهاد كلام واضح ما قيل فيه ان يكون قد حرم علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وان يكون مصيبا في القياس عالم بعرف الناس **قوله** وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه اي منسوب الى علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه ايضا وليس هو بقدر علمه بالحديث واصحاب فقه له معرفة (با)

(كتاب ادب القاضي)

لان من الاحكام ما يبتني عليها **قال** ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضه تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف * **قال** وبكرة الدخول لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الخيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكرة بعضهم الدخول فيه مختار القول به من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هواه لا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد *

بالحديث اي منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث ايضا وليس هو بقدر علمه بالفقه * **قوله** لان من الاحكام ما يبتني عليها اي على عادات الناس كالا ستصناع بجوز عرفا ويترك به القياس **قوله** لانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما ان ادنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلوٰة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا ان فيه خطرا عظيما وامرا مخوفا لا يسلم في بحره كل سابع ولا ينجم منه كل طامع الا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده وعن هذا اختار كثير من الصلف التغذيب البليغ ولم يختره الا ترى ان ابا حنيفة رح دعي الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف رح لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رح نظر الغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبّر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكانى بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قضى قيد وحبس واضطر فتقلد **قوله** كيلا يصير شرطا اي كيلا يصير الدخول في القضاء شرطا لمباشرة القبيح لانه قبل القضاء لا يتمكن من اجراء الظلم على غيره او ارتكاب قبيح آخر لعجزه وخوفه فلما ولي القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرة وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطا لارتكابه **قوله** وكانما (ذبح)

(كتاب ادب القاضي)

قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسأ لها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولا من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يتوكلون على الله تعالى ولا يسألون الناس شيئا ولا يطلبون الولاية ولا يسألون لها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولا من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يتوكلون على الله تعالى ولا يسألون الناس شيئا ولا يطلبون الولاية ولا يسألون لها

ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر والشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهرة جاه وفي باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعرة فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقمي رأسه بين يديه *

قوله وينبغي ان لا يطلب الولاية اي بقلبه ولا يسأ لها اي بلسانه **قوله** وكل الى نفسه اي فوض امره الى نفسه ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير منصوب لان النفس امانة بالسوء وانما كان كذلك لان من سال القضاء فقد اعتمد فقهاء وورعه وكلاء فصار معجبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاما من اكره عليه فقد اعتمد بحبل الله تعالى وتوكل عليه وقال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق للصواب **قوله** في نوبته اي في نوبة علي رضي الله عنه وانما قيد به احترازا عن مذهب الروافض فانهم يقولون كان الحق في يد علي في نوبة ابي بكر وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضي الله عنهم وقال ولكن ما قاله باطل الاجماع الامة على صحة خلافة الخلفاء الراشدين ولو كان الامر على ما قالته الروافض لكان اجماع الامة على باطل ولا يجتمع الامة على باطل ولم يرو من علي رضي الله عنه ولا من غيره مخالفة ذلك الاجماع (قوله)

(كتاب ادب القاضي)

قال ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيره لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال نطاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدبيرا لاثمولا ويبحث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسا لانه شبهة فشيء ويجعلان كل نوع في خريطة منها كيلا يشته على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام *

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمها لان الاقرار ملازم ومن اكراهه يقبل قول المعزول عليه الابينة لانه بالمعزول التحق بالاعايش وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كان على فعل نفسه * فان لم تتم بيننا لم يعجل بتخايمته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوثوق فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ويعترف به من هو في يده لان كل ذاك حجة

قوله يسأل ديوان القاضي الذي قبله ديوان القاضي الخرائط التي فيها النسخ السجلات والصكوك ونصب الاوصياء والقيم في اموال الوثوق وتقدير النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه ربما احتاج اليه لمعنى من المعاني وما يبد الخصم لايء من عليه الزيادة والنقصان ويبحث رجلين من ثقافته ليقبضا ديوانه بحضرة القاضي المعزول او امينه او الواحد يكفي والاثنان احوط ويسألان القاضي الاول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في اموال اليتامى يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشته عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها وانما يسألان القاضي المعزول وان لم يكن قوله حجة لالتحافه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما اشكل عليهما **قوله** حتى ينادي عليه اي بامر من ينادي عليه (كل)

(كتاب ادب القاضي)

ولا يقبل قول المعزول لما بيناه الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمه اليه فيقبل قوله فيها
لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالقرار لغيره
فيسلم (ما في يده) الى المقر له الاول لسبق حقه **قال** يجلس للحكم جالساً ظاهر في المسجد كيلا يشبه
مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع ادعى لانه اشهر وقال الشافعي رح بكرة الجلوس
في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا
قوله ع م انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله ع يفصل الخصومة في معتكفه
وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز
اقامتها في المسجد كاصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهرة فلا يمنع من دخوله والحائض
تخبر بها فيخرج القاضي اليها والى باب المسجد ويبعث من يفصل بينها وبين خصمها *

كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الغلاني بحق فليحضر حتى
يجمع بينه وبينه فان حضر والا فمن رأى القاضي ان يطلقه ينادي عليه كذلك اياما
فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تانى عليه اياما على حسب
ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم اخذ منهم كفيلاً بانفسهم واطلقهم *

قوله ولا يقبل قول المعزول لما بينا اي لا يقبل قول المعزول ان المال الذي في يده
يكون لعمرو لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا الا ان يعترف الذي في يده المال ان
المعزول سلمه اليه لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده
في الحال لان من في يده مال اذا اقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره الا اذا بدأ باليد
بالاقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان غير الذي اقره القاضي المعزول ثم قال دفعه
الى القاضي المعزول فيسلم الى المقر له الاول لسبق يده ثم يضمن للقاضي المعزول
قيمة ذلك العين او مثله باقراره ان اليد كانت له فبدأخذ المعزول ويسلم الى الذي
قر القاضي له ولو بدأ بالدفع نقال دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان آخر فالقول قول (ا)

(كتاب ادب لقاضي)

كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في دارة لا باس به وبأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة *

قال ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك بصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للتقريب خصومة لا يقبل هديته ايضا وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لا ندلاجل القضاء فيتحاشاه ولا يحضر دعوته الا ان تكون عامد لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه يجيبه وان كانت خاصة كالهديته والخاصة ما لم يعلم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها *

المعزول ويومر بالدفع الي من اقره القاضي المعزول وقول صاحب اليد دفعه الى القاضي المعزول وقال هو لفلان بن فلان او قال دفعه الي ولا ادري لمن هو فالملوي يقبل قول المعزول ولو انكر ذلك ليدما قاله المعزول كله القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه *

قوله كما اذا كانت الخصومة في الدابة فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى وسهادة الشهود والاشارة اليها **قوله** لان في جلوسه وحده تهمة وهي تهمة الظلم والرشوة **قوله** ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما لم يفصل في الدعوة الخاصة بين ان يكون الداعي اجنبيا او ذارحم محرم منه وقال في فصل الهدية لا يقبل الامن ذي رحم محرم منه فلا بد من التاويل بين المسئلتين قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان ذارحم محرم لم يجز بينهما الدعوة والمهاداة صلة للقرابة وانما احدث بعد القضاء فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء في هذا وما ذكر في الهداية انه يقبل من ذي رحم محرم فهو محمول على انه كان جري المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة فاذا اهدى اليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول هكذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زادة رح وفي مبسوط شيخ الاسلام الا ان يكون المضيف خصما فينبغي ان لا يجيب دعوته وان كانت عامة (قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال ع م للمسلم على المسلم ستة حقوق وعدمها هذين * ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي ع م نهى عن ذلك ولان فيه تهمة **قال** واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله ع م اذا ابتلي احدكم بالثضاء فليسوي بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه * ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه * ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء **قال** ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول لداشهد بكذا وكذا وهذا لانه عانة لاحد الخصمين فيكرة كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف ر ح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل *
* فصل في الحبس *

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مما طلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطلده اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المظل بانكاره

قوله ويعود المريض هذا اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي ان يعود لان ذلك يؤدي الى ايداء الخصم الآخر والى التهمة قال عليه السلام على المسلم ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا جبا عليه اذا ادعوه ان يجيبه واذا مرض ان يعود واذا مات ان يحضره واذا القبه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه فيه اشارة الى انه لو اضا فهمما جميعا فليس به بأس وفي المبسوط لا ينبغي ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه
* فصل في الحبس *

(قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كئمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل بساره انه لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجلة *

قال ولا يحبس فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسلتان تويدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينه فيما كان القول قول من عليه

قوله ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك وهو اختيار الخصاف رح ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو اختيار ابي عبد الله البلخي وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويؤيد هذين القولين مسثلان احدهما ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر اتمسكه بالاصل وثانيتها ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسثلتان تخالفان القول الاول لان فيهما التزاما اذا قدمه على النكاح والاعتاق اماراة قدرته على النفقة والضمان كما في المهر والكفالة **قوله** والتخريج على ما قال في الكتاب يعني تخريج هاتين المسثلتين على وجه لا تردان نقضا على ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد ان الحبس فيما يكون دينا على المدعي عليه مطلقا وفي هاتين المسثلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى يسقط بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله * (قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

بحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظله في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر
ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقد ربحا ذكره ويروى غير ذلك
من التقدير بشهرا واربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير منغوض الى رأي القاضي
لاختلاف احوال الاشخاص فيه * فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة
لانه استحق النظر الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه
قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ رح قال في الكتاب خلى
سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى *

قوله يحبسه شهرين او ثلثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة رح في كتاب الحوالة وروى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يحبسه ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر وذكر الطحاوي
رحمه الله انه يحبسه شهر او قيل انه ارفق الا فويل في هذا الباب لان ما زاد على الشهر
في حكم الآجل وما دونه في حكم العاجل والصحيح ان التقدير منغوض الى رأي القاضي
لاختلاف احوال الاشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه حتى اذا مضت عليه ستة
اشهر ووقع عند القاضي انه متعنت يديم الحبس وان مضى شهر او دونه ووقع انه عاجز
اطلقه وهكذا روي عن محمد رحمه الله **قوله** ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة
تقبل في رواية وكيفية الشهادة على الافلاس حكى عن ابي القاسم انه قال ينبغي ان يقول
اشهد انه مفلس معدوم لانعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة وقد اخترنا امره
في السر والعانية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ **قوله** قبل المدة اي
قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي بمدة او تقدير الطحاوي او غيرها وفي الذخيرة
فان اخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان او شهد بذلك شاهدان فعن
محمد رحمه الله فيه روايتان في روايته قالى لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الامام الجليل
ابوبكر محمد بن الفضل رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمه الله (و)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراة اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدة قد بيناه فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحديد والقصاص * الا اذا امتنع عن الاتفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

وهكذا قال نصير بن يحيى وقال ابو بكر الاسكاف وعامة مشائخ ما وراء النهر ان القاضي يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة وهذا لان البينة على الاعسارية على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد وبعد ما حبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد لان الظاهر انه لو كان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس **قوله** وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه الى آخره وانما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لان رواية الجامع الصغير من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في اول هذا الفصل انه اذا ثبت الدين على المديون بالانترال لا يحبسه في اول الوهلة بخلاف ما اذا ثبت الدين بالبينة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي بحواز الحبس متصلا باثارة حيث قال يحبسه ثم يسأل عنه فثبت التناقض بين الروايتين وذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تأويله بقوله ومراة اذا اقر عند غير القاضي الى آخره ازالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر **قوله** والحبس اولا ومدة اي بينا الحبس اولا ومدة فلا نعيده **قوله** ولا يحبس والد في دين ولده وكذا الام والجد والجدة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة نكل من اجبر به على النفقة فاي حبسه ابا كان او اخا او جدا او جدة او زوجا لان في ترك الاتفاق عليهم سعي في اهلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد لقصد اتلاف الولد **قوله** لسقوطها بمضي الزمان اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان اما الدين لا يسقط بمضي الزمان فانترافي حق هذا الحكم فيفتقران في حق الحبس ايضا والله اعلم (باب)

(كتاب القضاء... باب كتاب لقاضي الى القاضي)

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عند الحاجة على ما بين * فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعى سجلاً وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط ذكرها ان شاء الله تعالى وجواز لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يدرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة قيد بالحقوق لما في الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهد به على البناء للمفعول عنده اي عند القاضي المكتوب اليه للحاجة على ما بين وهو ما ذكر بعد وجواز لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما ان اكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فنقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه قبل المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلاً لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيله عنه في الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعي عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي الى قاض آخر لان حكم القاضي قد تم ويحتمل ان يكون الخصم هو المدعي عليه وان يكون مراده بيان ان هذا الكتاب هو المدعى سجلاً لانه يكتب الى قاض آخر او كان المدعي به مبيعاً فاراد المدعي عليه الرجوع على بائعه وهو في بلدة اخرى (فطلب)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف
لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد دون الامنة لغلبة الاباق فيه
دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل
ويحول وعليه المناخرون رحمهم الله **قال** ولا يقبل الكتاب الابشادة رجلين او رجل
وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة

فطلب من القاضي ان يكتب بحكمه الى قاضي تلك البلدة وقوله في الحقوق يندرج
تحته الدين والنكاح فان قيل الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي
فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل او المرأة وهو
ليس بمدعى به انما المدعى على شيء آخر فصار النكاح نظير الدين في الذمة والاشارة الى العزيز
شرط ومع هذا اجاز كتاب القاضي فيه كذا هنا *

قوله والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة انما قيد الامانة والمضاربة بالمحجودة ليكونا بمنزلة
الدين اذ لو لم تكن محجودة لكان من جدلة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها
قوله بشرائط تعرف في موضعه وهي ان يقيم المدعى البينة انه كان له عبد فابق وهو اليوم
في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته والدار التي جلب
منها فاذا كتب وختم على ما يجيى وبعد ورود الكتاب على المكتوب اليه احضر ذلك
القاضي المدعى عليه والعبد وبك الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حلقة
العبد ما في الكتاب ختم في عنق العبد بالرصاص ودفعه الى المدعى من غير ان يقضي له بالملك
واخذ منه كفيلا وامره بان يذهب به الى القاضي الكاتب فاذا ذهب به اليه امره القاضي
الكاتب باعادة البينة على ان هذا العبد بعينه ملكه فاذا اعاد يقضى القاضي الكاتب به له ثم
يكتب الى قاضي تلك البلدة ان يبرئ كفيله وفي بعض الروايات عن ابي يوسف رح (١)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالتزام بالشهادة لا بالتركية *

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغير وهذا عند البيهقي ومحمد بن حنبل لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رح آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهد هم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كما عابته واحترار شمس الائمة السرخسي رح تول ابي يوسف رح * فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب

ان القاضي لا يقضي بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى القاضي المكتوب اليه ويكتب فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معه اليه حتى يقضي له بالعبد بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي الى القاضي في الجواني كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بهامعه على يدي امين لانه لو دفعها اليه لم يمتنع من وطئها وان كان امينافي نفسه لانه يزعم انها مملوكته وعن محمد بن حنبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون وقال الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبجياب وعليه الفتوى *

قوله بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم لان كتاب ملك اهل الحرب ليس بملزم فان الامام بالخيار ان شاء اعطاه الامان وان شاء لم يعطه فلا يشترط البيئة **قوله** ويسلمه اليهم اي الى الشهود عدل القضاة اليوم انهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة رح (يسلم)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

لانه للنقل لا للحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفصح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبارة قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معرف

يسلم المكتوب الى الشهود كذا في النهاية وقال كذا وجدت بخط شيخني رح * **قوله** لانه للنقل لا للحكم وهذا لان الشهادة في حق الكاتب للنقل فلا يحتاج فيه الى حضور الخصم وفي حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضور الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة عليه اولان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان القاضي الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارته ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بمحض من الخصم فكذا هنا **قوله** ربما يحتاج الى زيادة الشهود لعدم ظهور عدالة هؤلاء وانما يمكن اقامتها اذا كان الختم باقيا **قوله** حتى لو مات او عزل قبل وصول الكتاب لا يقبله وفي الذخيرة واذا مات القاضي الكاتب قبل ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل عندنا وقال ابو يوسف رحمه الله في الامالي وهو قول الشافعي يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه قبل القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن النقل تاما فيبطل (با)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشا ئخنا ر ح لانه غير معرف
ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحد ودوالقصاص لان فيه شبهة البدلية نصار كاشهادة على الشهادة
ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما *

* فصل آخر *

وبجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقدم الوجه
وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قد قضى
دون التقليد به نصار كنوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه
على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به ان نابا لا استخلاف دلالة ولا كذلك القضاء
ولو قضى الثاني بمحض من الاول

بالموت فاما اذ مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الرواية *
قوله بخلاف ما لو كتب ابتداء اي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى من
يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلي بالقضاء وهما ان اعلام الكاتب والمكتوب
اليه شرط ويحصل الاعلام بهذا والله اعلم *

* فصل آخر *

قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها
وقدم الوجه وهو ما قال في اول الكتاب فلان حكم القضاء يستقن من حكم الشهادة لان
كلوا حد منهما من باب الولاية **قوله** ولا كذلك القضاء لان القضاء غير موقت لا يفوت بتأخير
عند العذر والجمعة موقتة تفوت بتأخيرها عند العذر اذ الم يستخلف ومن ولاية لما امره بذلك
مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادا ئها في الوقت قد صار راضيا باستخلافه (قوله)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي إلى القاضي ... فصل آخر)

أو قضى الثاني فجاز الأول جاز كما في الوكالة وهذا لأنه حضره رأي الأول وهو الشوط
وإذا فوض إليه يملكه فبصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله
(إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح) **قال** وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم
امضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فإن يكون قولاً لا دليل عليه

قوله أو قضى الثاني أي بغية الأول فجاز الأول كما في الوكالة فإن الوكيل إذا وكل غيره
ولم يأذن له الموكل في ذلك فعقد وكيله بحضرته أو بغير حضرته وأجاز الوكيل الأول حاز
لأن المقصود حضور رأي الأول وقد وجد وأن قيل الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء
وأنه لا يملك الإذن في الابتداء فلماذا يملكه في الانتهاء فلما أخلقت رصي بقضاء حضره
رأي القاضي وقت نفوذه أما حكم الذي أذن له القاضي في الابتداء قضاء لم يحضره
رأي القاضي وقت نفوذه فلماذا علمت إجازة القاضي في الانتهاء ولم يعمل أذنه في الابتداء
وإذا فوض إليه ذلك أي الاستخلاف بأن قال له الخليفة ول من شئت كان له أن يولي
غيره وبصير الثاني نائباً عن الأصل أي الخليفة حتى لا يملك القاضي الأول عزله
ولا ينغرل بموته إلا أن يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فحنث يملك
عزله وإنما يكون هكذا لأن الخليفة إذا رضي بتصرفه له ديانة وأمانة والناس يتفاوتون في ذلك
ولهذا قلنا أن الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ما ذكرنا الوصي فإنه يملك التفويض
إلى غيره توكيلاً وإبصاراً لأننا نقول أن إوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي
على التجري على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع إلى الموصي فيكون الموصي راضياً باستغاثته
من غيره ولا يلزم وكيل المضارب في الشراء بمال المضاربة حيث ينغرل بموت المضارب ولا ينغرل
وكيل الوكيل بموت الأول لأن المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال
نهييه من التصرف في مال المضاربة بعد ما صار مال المضاربة مرضاً ولا كذلك الوكيل الأول
قوله إلا أن يخالف الكتاب كما إذا قضى قاض بشاهد وبمين فإنه يخالف الكتاب لأنه تعالى (قال)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لا قى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد غير لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمده به نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا فبغيره روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء يتيقن وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكر والمراد بالسنة المشهورة منها

قال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يذكر لتقصير الحكم عليه ولانه قال ذلك ادنى ان لا يرتابوا ولا مزيد على الادنى او السنة اي المشهورة منها كالحكم بنبوت الحل بنفس العقد بدون الوطى فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث رفاعه لا حتى تذوق من عسلته وذوق من عسلتك او الاجماع كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمدا فانه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذا خلاف ولا خلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فالحكم بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذ لان الخلاف فيه محكي عن ابن عباس رضي الله عنهما وقد انكرت عليه الصحابة رضي الله عنهم ذلك فلا يعتبر خلافة لرد الجمهور عليه *

قوله وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفائدة رواية الجامع الصغير ان الذي قضى به القاضي مختلف فيه بين الفقهاء والقاضي الآخر يرى غير ذلك ومع ذلك امضاه ولم يكن هذه الفائدة في رواية القدوري فلهذا جمع بين الروايتين هذا دابه في امثاله **قوله** والاصل ان القضاء متى لا قى مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد غير فقد صح عن عمر رضي الله عنه انه لما كثرت اشغاله قلد القضاء بالدرء رضي الله عنه فاخصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فسأله (عن)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف

من حاله فقال قاضي علي فقال لو كنت مكانه لقضيت لك فقال المتضي عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر ليس هناك رأي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي ولان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول به فلا ينتقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع فيجب صيانته ومن صيانته ان لا ينتقض ولا يعترض عليه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لذهب به نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا فثبته روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء يتيقن ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه بزمه وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفي الفصول محالا الى المحيط والذخيرة واذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوزوا انما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا هو ظاهر المذهب *

قوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف لا اختلاف يقال جمهور الناس اي جلهم واكثرهم يعني ان الاجماع ينعتقد باجماع اكثر اهل الاجماع على حكم وان كان الاقل منهم يخالفهم لان العبرة للاكثر هذا بظاهرة يخالف ما ذكره في نسخ اصول الفقه ان الاجماع لا ينعتقد بمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هذا لا يكون اجماعا لان ذلك المخالف لو كان حيا لم ينعتقد اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله دليله لا بحيوته وبموته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على ان الاجماع لا ينعتقد اذا كان المخالف حيا وان كان (و)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول *

وان كان واحدا وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه وكان الكرخي رحمه الله يقول شرط الاجماع ان يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع اكثرهم على شيء وخالفهم واحدا واثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحمه الله ايضا لان النبي عليه السلام قال اصحابي كالجؤم بايهم اقتديتم اهتديتم قلنا ولا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ اصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكورهما وجهه ان الماد كور في تلك النسخ فيما سوغوا للمخالف الاجتهاد ولم يكرروا عليه والماد كورهما فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه ونؤيد ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه والاصح عندي ما اشار اليه ابو بكر الرازي رحمه الله ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضوان الله عليهم في زوج وابوين وامرأة وابوين بان للام ثلث جميع المال وان لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التعاقل في اموال الربوا فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روي انه رجع الى قولهم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله *

قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فقال في الذخيرة انما اعتبر الخصاص رحمه الله الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم من بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المنتقى يشير الى ان العبرة لاشتباه الدليل للحقيقة الاختلاف الا ترى ان القاضي لو قضى بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حداث قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف رأيه فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق (نقد)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي إلى القاضي ... فصل آخر)

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
و كذا اذا قضى با حلال

نفذ قضاء الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يبلغنا الاختلاف فيه
وانما طريقه ان القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى
فان لم يكونا رجليين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ
وانه وان ورد في باب المدائنة الا ان العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص
قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود
نفذ قضاءه لان المسئلة مختلف فيها مالک وعثمان البستي كذا يشترطان الاعلان لا الشهادة حتى
لوحصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر نكاحهما لان الموضوع موضع
اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة *

قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
فمن صور التحريم ما اذا دعت المرأة على زوجها انه طلقها اثلثا واقامت على ذلك شهود زور وقضى
القاضي بالفرقة بينهما وتزوج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
الاول ورحمهما الله لا يحل للزوج الاول وطئها ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني وطئها ظاهرا وباطنا علم
بحقيقة الحال ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني احد الشاهدين اولم يعلم بحقيقة الحال
بان كان الزوج الثاني اجنبيا ما على قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد ورحمهما الله لا يحل
للتاني وطئها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال
يحل له وطئها وهل يحل للاول وطئها على قول ابي يوسف الاخر قيل لا مع ان لم تقع الفرقة عنده
باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول
ابي يوسف الاخر يحل للاول وطئها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني
فاذا دخل بها الثاني الآن لا يحل للاول وطئها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال (او)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ
بشهادة الزور وقد مرت في النكاح *

اولم يعلم ومن صور الاحلال رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد واقام عليها
شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في قوله الاول وعند محمد وابي يوسف في قوله
الاخر لا يحل لهما ذلك وهو قول زقرو الشافعي رحمهم الله ويعني بالنفاذ ظاهر ان يسلم
المرأة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا يحل له وطئها ويحل
لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى لهم ان شهادة الزور حجة ظاهر الا باطنا فينفذ القضاء
بها ظاهر الا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف ينفذ باطنا
فصار كما لو كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف والمشهود له يعلم حالهم والقاضي
لا يعلم فان قضاءه ينفذ ظاهر الا باطنا وكما لو قضى بنكاح منكوحة الغير او معدة الغير بشهود الزور فانه
ينفذ ظاهر الا باطنا اجماعا وله ان القضاء اظهر لعقد سابق ولا بد من عقد سابق فيها والالتزام العقد
انتفاء ضرورة صحة الاظهار لينقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا
يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما لا قطعاً فان قيل لو كان قضاءه متضمنا لانشاء العقد سابقا فليشترط
الشهود عند قوله قضيت قلنا قد قال شمس الائمة السرخسي رح وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده
بقوله قضيت الا بمحضر الشهود وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى
صحة قضاؤه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق
عبدك عني على الف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف
لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم يصير شهادة هؤلاء حجة من كل وجه فاعتبر حجة
ظاهر او الوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبني الامر على كون الشهود صدقة عنده *

قوله اذا كان الدعوى بسبب معين بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل او ادعى (على)

(كتاب القضاء ... باب كتاب لقاضي القاضي ... فصل آخر)

قال ولا يقضى القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البيئة فيظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لتقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكرتم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابيوسف رح

على امرأة نكاحا اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية بانها ملكه ولم يذكر السبب واقام على ذلك بينة وقضى له بها لا يحل له وطئها بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتزاحمها اذ الملك يثبت تارة بالشرى واخرى بالارث وغيره فلا يمكن اثبات السبب سائبا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا بلا سبب ليس في وسع العباد وفي النكاح 'الشر' يقدم النكاح والشراء اقتضاء تصحيحا للقضاء وللقاضي ولاية على ان يملكه ذلك السبب في الجدل فينقضه او باطلا وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابي حنيفة رح وفيه 'اذا ادعى شراء الجارية اتل من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ باطلا لان فيه تبرع بمتدار الغبن وقال بعضهم ينفذ باطلا عنده كما في سائر المبادلات *

قوله ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشبه وجه القضاء فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البيئة مع ان سكوته محتدل للاقرار فلما لان القاضي يجعل سكوته من اليقين اقرارا او بدلا للحق **قوله** لان احكامهما مختلفة اي احكام القضاء مع البيئة عند الانكار واحكام القضاء مع الاقرار فان حكم القضاء بالبيئة يقع على الناس كافة وعلى الاصيل لا على الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بانه رجل اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبيئة فانه ياخذها وولدها وان اقربها لم ياخذ ولدها لان البيئة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لا تعد ام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض (قوله)

كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر

ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بانابته كالوكيل او بانابته الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً بان كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب

قوله ومن يقوم مقامه اي قوله في اول المسئلة الا ان يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه ان يكون بانابته كوكيله او بانابته الشرع كالوصي من جهة القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين وفي الذخيرة اذا نصب القاضي مسخر عن الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي ان ينصب القاضي وكيله عن الغائب لسمع الخصومة عليه **قوله** حكماً اي من يقوم مقامه من حيث الحكم بان كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر اي سبباً لا محالة كما اذا ادعى داراني يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانكر ذواليد وقال الدار داري واقام المدعي بيته على دعواه قبلت بيته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب لان ما يدعي على الغائب وهو الشرى منه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرى من المالك سبب له لا محالة وكما اذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه واقرا المدعي عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام المدعي عليه البينة انه ذاب له على فلان الف درهم فانه يقضى بهافي حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره وكما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذواليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذاليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفعها يقضى بالشرى في حق ذى اليد والغائب جميعاً اما اذا لم يكن سبباً لا محالة لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كما اذا قال لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلني ان احملك اليه فقالت المرأة انه كان طلقني ثلثاً واقامت على ذلك بيته قبلت بيته في قصر يد الوكيل منها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر الطلاق فالمرأة (تحتاج)

(كتاب النضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

اما اذا كان شرط الحق فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تماما في الجامع *
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحة لهم لبقاء
الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه وان اقرض الوصي
ضمن لانه لا يدور على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

تحتاج الى اعادة البيعة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت
ما يدعى على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لامحالة فان الطلاق متى تحقق فلا يوجب
قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل
قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه
دون وجه فقلنا انه يقتضى بقصر يد الوكيل ولا يقتضى بالطلاق والعناق عملا بهما *

قوله اما اذا كان شرط الحق فلا معتبر في جعله خصما عن الغائب هذا قول عامة المشائخ
فاما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام علي البزدوي وشمس الاسلام محمود
الاوزجندي رحمهما الله فالشرط اعتبار ايضا كما للسبب لان دعوى المدعى كما يتوقف
على السبب يتوقف على الشرط ايضا وصورة رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته
فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب
واقامت البيعة لا تقبل منها هذه البيعة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد افتى بعض المتأخرين
بقبول هذه البيعة هذا اذا كان شرطا ينضربه الغائب اما اذا كان شرطا لا يتضمن ضررا كما
لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة اقامت البيعة ان فلانا
دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البيعة ويحكم بوقوع الطلاق عليها **قوله** ويقرض القاضي
اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وان اقرض الوصي ضمن والفرق ان القرض تبرع
ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المفلس لان الاستقراض
في العادات ممن هو مفلس ولهذا محل الصدقة زاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة (هنا)

(كتاب القضاء باب التحكيم)

* باب التحكيم *

وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتباراً باهلية الشهادة والفسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى

هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل مأمون التوى باعتبار علم القاضي ولتمكنه من الاسترداد متى شاء لماله من الولاية وتبرعاً في حق الوصي والاب في اصح الروايتين لانه لا يتمكن من الاسترداد فربما جحد المستقرض ولا يجد شهوداً يوافقونه على اداء الشهادة ولو وجد فساكل بينة يعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثوبين يدي القاضي ذل وصغار فكان اضرارهم فلهذا لا يملكه وكذا يملك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضي في رواية لان ولاية الاب يعم المال والنفس كولاية القاضي وشقيقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضاً لنفسه قالوا يجوز روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه قال ليس للاب ان يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاف في ادب القاضي فقال ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال اليتيم لو اخل احد منهم اخذ المال من يده لان القاضي وان كان له استرداد المال شرعاً لكن تمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر الا ترى انه لو كان المستقرض معسراً في الابتداء لا يجوز له ان يقرضه مال اليتيم فكذا لا يترك ماله على المفلس ايضاً *

* باب التحكيم *

قوله وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز والاصل فيه قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين لاختيار المقام ولاختيار الفرقة والصحابة رضى كانوا مجمعين على جواز التحكيم (قوله)

(كتاب القضاء باب التحكيم)

ولكل واحد من المحكمين ان يرجع مالم يحكم عليهما لانه مقلد من جهنهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما الصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة (فلا يستباح برضاهما) قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات (كالطلاق والنكاح وغيرهما) وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى د فعالتجاسر العوام وان حكماء في دم خطأ نقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهنهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه

قوله ولكل واحد من المحكمين ان يرجع فان قبل التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما فلنا اذا لم يرض احدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلارضا **قوله** وان خالفه ابطله لان لهما ولاية على انفسهما وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو ارتفع اليه فلا يبطل رأيه بحكم الحكم **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لان حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استيفاءه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاءهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فهم يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التقويض الى غيرهما قبا سا على سائر حقوق العباد وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان لا يجوز **قوله** تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات فانهار واجع والطلاق المضاف وهو الصحيح* الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى د فعالتجاسر العوام (قوله)

(كتاب القضاء ... مسائل شتى)

ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة
ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين
او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل لان قضاء
الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لا يوبى وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم
فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف
ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين
لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قال واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا
ولا ينقب فيه كوة صدا بي حنيقة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقال يصع
ما لا يضرب بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبنى على علوه

قوله ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك ان النبي عليه السلام قال للاولياء قوموا فدوة
قوله ولو اخبر باقرار احد الخصمين يعني لو قال المحكم بينهما الا حد هما قد اقررت عندي اهدا بكدا
وكذا اقامت عندي عليك بيعة لهدا بكدا وكذا اعد لو اعدني وقد الزمتك ذلك وحكمت به
لهذا عليك وانكر المقضي عليه ان يكون اقرعده بشي اقامت البيعة عليه بشي لم يلتفت الى
قوله ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم بذلك فيملك الاقرار كالمقاضي المولى
اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او بيعة فامت عندي على ذلك
فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكدا هنا الا ان يخرج من الحكم
او يعزله عنه قبل ان يقول قد حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قوله ان بنى على علوه يعني زيادة على ما كان

(كتاب القضاء ... مسائل شتى)

قبل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرنهين والمستاجر والاطلاق بعارض اذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فمنع عنه **قال** واذا كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة مستطيلة

وهي غير نافذة فليس لاهل الزائفة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائفة القصوى لان فتحه للمرور ولاحق لهم في المرور اذ هو لا هلاها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جدارة والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة

قوله قبل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح يعني ان ابا حنيفة رح انما منع صاحب السفلى عن ان يتدفيه وتد او ان ينقب فيه كوة لان صاحب العلو متضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قوامها فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه **قوله** تعلق به حق محترم اي تعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع راجحا وهذا الان بالمنع يفوت المنفعة دون العين وبلاطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين والمنفعة جميعا فكان ضرر الاطلاق راجحا **قوله** على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو اشارة الى ان القياس قول ابي حنيفة رح فوجب منعه **قوله** واذا كانت زائفة مستطيلة ينشعب عنها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة اي الزائفة الثانية المنشعبة ولا فرق في الاولى بين ان تكون نافذة او غير نافذة في ان لاحق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة نافذة لان المرور فيها حق العامة فلا هلا لاهل الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام الترمذ في رح سكة طويلة غير نافذة في اسفلها من جانب اليمين او الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من اهل السكة ان يفتح بابا على جدار له من الزقيقة لانه لاحق له فيها *

(قوله)

(كتاب القضاء... مسائل شتى)

ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب وانكالت مستديرة قد لزق طرفاها
فلهم ان يفتحوا بالان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا
يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها *

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة
الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح
على معلوم من مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تنضي الى المنازعة على مامر

قوله ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد
ربما يدعي الشركة في الطريق في تلك الزائفة ويستدل على ذلك بالباب المركب ويكون
القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم
صالحه منها فهو جائز ذكر في بعض شروح الجامع الصغير انما يصح الصلح اذا كان المدعى معلوما
بان ادعى مثلاً ثلثاً او ربعاً ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين ان المدعى ثلث او ربع
او نحو ذلك لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين والافتداء انما يكون اذا توجهت
اليمين واليمين انما توجه اذا صحت الدعوى فاذا لم تصح فلا يكون الصلح افتداء فان ادعى
حقاً فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب اليد بالحق فيها حتى يصح الدعوى
هكذا قيل الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئاً لا يصح الدعوى ولو ادعى عليه
انه اقر له بشي يصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون الثاني وقال بعضهم يصح
الصلح وان لم يبين مقدار ما يدعي لان الصلح انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا
المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعى
يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيحقق معنى الشغب والخصام وهذا يندفع بالصلح
ولهذا لو ادعى رجل نكاحاً على امرأة وهي تنكر فصالحته على مال جائز بالاتفاق
وان لم يستخلف عند ابي حنيفة رحمه الله

قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فستل البيعة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعى البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بيعة لظهور تناقض ادعوى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون بانقلها ولو شهدوا به بعد هذا تقبل اوضح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البيعة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا كره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للراغب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه بعد ما قضى بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه قد قرر ملكه عندها ومن قال لا خراشريت مني هذا الجارية فانكر الاخران اجمع البائع على ترك الخصومة وسعدان يطأه لان المستري ما جحدته كان فسحا من جهته ان النسخ ثبت بها اذا تجاكدوا اذا عزم البائع على ترك الخصومة تم النسخ

قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فستل البيعة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منده واقام البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض ادعوى الشراء بعد الهبة لانه قد قرر ملكه عندها ومن قال لا خراشريت مني هذا الجارية فانكر الاخران اجمع البائع على ترك الخصومة وسعدان يطأه لان المستري ما جحدته كان فسحا من جهته ان النسخ ثبت بها اذا تجاكدوا اذا عزم البائع على ترك الخصومة تم النسخ

قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فستل البيعة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منده واقام البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض ادعوى الشراء بعد الهبة لانه قد قرر ملكه عندها ومن قال لا خراشريت مني هذا الجارية فانكر الاخران اجمع البائع على ترك الخصومة وسعدان يطأه لان المستري ما جحدته كان فسحا من جهته ان النسخ ثبت بها اذا تجاكدوا اذا عزم البائع على ترك الخصومة تم النسخ

يشهدون به قبله هذا ادعوا تناقض بين الدعوى والشهادة ولو شهدوا به بعد هذا تقبل اوضح التوفيق يريد بدلو ادعى الشراء بعد ما ادعى الهبة وشهدوا به بالشراء بعد الهبة تقبل اوضح التوفيق لانه يدكن ان يقول وهب منده ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه مناسيوع وهذه المستندة دل على ان التناقض النافي مع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا امكن فلا كذا ذكر في الافضية وذكر في رواية ان التوفيق من المدعي شرط في المحيط قبل ما قالوا يوفق من غير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البيعة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا لانه وان كانت الشهادة موافقة للدعوى الا انه متناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون اقرارا بانها كانت مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك (١)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهاه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضاء البائع فيستبد بنفسه

الاترار بالرجوع عن الاترار لا يتمكن من اثبات الدار بالبينة واماد عراه الشراء بعد ذلك بقرار اقراره بالملك في ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة فان قيل ينبغي ان لا تقبل بيته في هذا الوجه ايضا لان ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة نقد فسخها ان جحد ما عدا الكاح من العقود فسخ له بخلاف الكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه تصح *

قوله وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ الى آخره جواب شبهة وهي ان يقال كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب ان العزم اذا اقترن بفعله وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهاه كالا ستخدام الا ترى ان من قال الاخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا التركبها الى مكان كذا فاخذها المستأجر وذهب بها او تركبها ان ذلك يكون قبولا كذا هنا وذكر في المحيط وتفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية **قوله** فيستبد بنفسه وفي النوائد هذا فسخ من الاصل لكونه مضطرا الى هذا الفسخ ويبتى عليه مسئلة ذكرها في بيوع الجامع وهي ان الرجل لو اشترى من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا وباعه من آخر فجحد المشتري الآخر البيع فخاعه المشتري الاول الى القاضي ولم يكن له بينة فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم وجد به عيبا كان عند البائع الاول فاراد رده عليه فاحتج عليه البائع بدعواه البيع على الثاني فالتاضي برده عليه (و)

(كتاب القضاء مسائل متنى)

قال ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لا تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالحياد فيصدق لانه انكر قبض حقه

وهذا اذا عزم المشتري الاول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني اما اذا عزم على ذلك قبل تحليفه فليس له ان يخاصم بائعه في الرد بالعيب لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لجواز انه متى حلفه نكل فاعتبر بيعا جديدا في حق الثالث بخلاف النكاح فان الزوج اذا جحد النكاح واستحلف عندهما فحلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج بزواج آخر لان النكاح لا يحتمل الفسخ بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب بخلاف البيع * **قوله** ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق اي وصل ام فصل وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير اتضى مكان قبض **قوله** ولهذا التجوز بها في الصرف والسلم جاز وانما عينهما لان استبدال شيء ببقابلة الدراهم لا يجوز فيهما خاصة ولولم يكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض الزيوف مكان الدراهم استبدال الجنس آخر فيبطل عقد الصرف حينئذ كما يبطل عند قبض الستونة والزيوف ما ينفق بيت المال اي ردة وفي المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وقبل هي دون النهرج في الرداءة لان الزيوف ما يرد بيت المال والنهرج ما يرد التجار النهرج الدرهم الذي فضته ردية وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وقيل استعير لكل ردي باطل ومنه نهرج دمه اي ابطال الستون بالفتح ارد من النهرج ومن الكرخي الستون عندهم ما كان الصفر والنحاس هو الغالب وفي المبسوط الستونة كالفلوس فانه صفر مموه من الجانبين وهو معرب سه طافه اي الطاق الاعلى والاسفل فضة والوسط صفر

(قوله)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجبار او حقه او الثمن او استوفى لافتراره قبض الجبار صريحا
او دلالة فلا يصدق والنهرجة كالزبوف وفي السنوفة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم
حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزبف ما زيفه بيت المال والنهرجة ما يرد به التجار
والسنوفة ما يغلب عليها الغش ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء
ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد
برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره
اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد
والمعنى فيه انه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق

قوله بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجبار او حقه او الثمن او استوفى اي لا يصدق فيما اذا
ادعى الزبافة بعد ذلك لانه تناقض اما الاول مظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجبار
فكان الاقرار قبض حقه مطلقا اقرارا منه قبض الجبار وكذا الاقرار قبض الثمن والاستيفاء
عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وقيل في غير الجبار صدق
موصولا وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله فان اقر قبض حقه او الجبار او بالاستيفاء
ثم ادعى الزبافة لم يصدق لان الاستيفاء يستعمل في قبض الحق وحقه جبارا وقد اقر
بقبضه وكذا الواقف قبض الذي له عليه ثم ادعى الزبافة وان وصل فالقياس كذلك
وفي الاستحسان يصدق لانه ادعى مجازا كلامه متصلا اي قبضت حقي ذاتا لا صفة
قوله بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه اذا اقرار بالدين يرتد برد المقر له وكذا الاقرار
بالعين ولو صدق ثم رد لا يرتد اما الاقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له وله ان يصدقه بعد الرد لان
احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فبرده لا يفسخ البيع فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عدل تصديقه
والعلامة النسفي ذكر في الكافي اشكالا في هذا الموضع فقال ذكر في الهداية لان احد المتعاقدين
لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد لانه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق وذكر قبله ولا ننما (نغذر)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

أما المقر له يتقرب برد الأقرار فأنتر **قال** ومن ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك علي شيء فقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء فبليت بينته وكذلك على الإبراء وقال زفره لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون منا قضا ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرمه فيكون دفعا للخصومة ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيشت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك علي شيء فطأن التوفيق أظهر ولو قال ما كان لك علي شيء فطأ ولا عرفك لم يقبل بينته على القضاء وكذلك على الإبراء تعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذوا إعطاء ومضاء واقضاء ومعاملة مصالح بدون المعرفة وذكر القدوري رح أنه تقبل أيضا لأن المجتنب أو المخدرة قديون بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بآرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق

قال ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك فقام البينة على الشراء فوجد بها أصبعًا زائدة فقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع

تعذر استيفاء الثمن من المشتري فاترضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب فلت لا تناقض بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق لأن مراده بقوله لأن أحد المتعاقدين لا يتقرب بالفسخ فيما إذا كان الآخر على العقد معترفًا به كما إذا قال أحدهما اشتريت وأنكر الآخر لا يكون إنكاره فسخًا للعقد إذ لا يتم به الفسخ وفيما إذا قال اشتريت مني هذه الجارية وأنكرها لمدهي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانعراذه على العقد فيستبد بفسخه أيضا *

قوله أما المقر له يتقرب برد الأقرار بخلاف ما لو أقر بنسب عيده من إنسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رح لأن الأقرار بالنسب أقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرد بالرد **قوله** لأن التوفيق فيه أظهر لأن كلمة ليس لنفي الحال فصارك أنه قال ليس لك علي شيء في الحال لأنني قد قضيت حقك ألا ترى أنه لو صرح به بصح **قوله** فيأمر بعض وكلائه بآرضائه لا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق فطعن (هذا)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

وعن أبي يوسف رح انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر *

هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لان البراءة يتحقق بلا معرفة *
قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا في الدين وهو ان يكون البائع وكيلًا من المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بيعتها صاد قائم المالك في دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضا ونظير ما ذكره أبو يوسف رح من التوفيق ما ذكره الامام الترمذى فقال اقام البينة على الشراء وذواليد ينكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعى قد رد المبيع علي قبلت ولا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول اخذها مني بينته كاذبة ثم استقلته فاقالني فاذا امكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب ان يتناقض لانه زعم انه لم يبع ثم ادعى البيع والفسخ والجواب عنه انه انما يتحقق المناقضة اذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين وقد امكن بان يقول لم ابع بنفسى وانما باعته وكيلي ثم فسخت البيع فيحمل عليه فان قيل ارتفع انكاره بقضاء القاضي فصار مكذبا فلا يكون مناقضا كما اذا رد المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان انكر قيام العيب لانه صار مكذبا شرعا قلنا التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى كالمختلفة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة اذا الزوج والمولى يستبدان وثم كذلك لجواز ان لا يكون المشتري مطلعًا على العيب فانكر بناء عليه ثم لما اقيمت البينة علم الآن فاراد الرد ولا كذلك ههنا لان مبناه ليس على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قيل يشكّل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كفيّل عنه بامر ففضى القاضي عليه بالبينة بعد ما انكر فله ان يرجع (على)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

قال ذكر حق كذب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى
او كذب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا
عندنا يحنيفة رح وقالوا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما
استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر الاستثنائي وكذا الاصل
في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد يحكم العطف فيصرف الى اقله كما في الكلمات
المعطوفة مثل تولد عبدة حروا متطابق وعليده المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى

على المكفول عند بعده ما أدى الى المدعي عند خلاف الرفر رحمد الله ما لم يكد مذهب شرعاً والتناقض
ليس في محل الخداء فلما انه انكر الكفالت دون الامر وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكار الامر
والرجوع باعتبارها وقد ثبت بالبينة وقد أدى دينه واستوجب ديناً عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة
من كل عيب لا تصح بدون البيع وانكار البيع انكار البراءة فدعوى البراءة تناقض *

قوله ذكر حق اي كتاب اقرار يدين **قوله** ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه يعني
من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك فان قيل لماذا يكتب هذا ولا يصح
التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكيف قلنا الغرض من كتابة هذا
اسقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة التوكيل فان التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم
عندنا يحنيفة رح وعلى تقدير الرضاء ههنا يلزم التوكيل بلا رضائه فان قيل ان هذا رضى
بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضاء وعدمه بمنزلة كالاقرار للمجهول قلنا انما يصح الرضاء
بالتوكيل لانه اسقاط حقه فان للمقران لا يرضى بتوكيل المقر له لما يلحقه من الضرر وقد اسقط
حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار لا اسقاط وقيل هذه المسئلة فرع
لهذا الاصل وهوان هذا الكلام لما كان محتاجاً اليه ليكون حجة لمن اخرج هذا الصك فهذا الكلام
لم يوجب فصلايين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشوا لا يحتاج اليه فكان فاصلايين الاستثناء
وصدر الكلام **قوله** او كذب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه اي لو كذب صك الشراء (و)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به وبصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب *

* فصل في القضاء بالمواريث *

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال رفررة القول قولها لان الاسلام حادث يضاف اليه اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحديث ايضا

وكتب في آخره فما ادرك فلا نفيه من ذاك فعلى فلان خلاص ذلك فان قيل هذا الكلام لغولان الخلاص على فلان لانه ضمان الثمن وهو عليه شرط اولم يشترط فلنا يكون اشتراطه توكيد او نفيه نحرز عن قول ابن ابي ليلى لان عنده لا رجوع بدون الشرط *

قوله ولو ترك فرجة اي بين ذكر الشراء وذكر الخلاص قالوا لا يلتحق به وبصير كفاصل السكوت اذا الفرجة في الصكوك كلسكوت في النطق والله اعلم *

* فصل في القضاء بالمواريث *

قوله تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة يعني اذا اختلف الآجر والمستاجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مضي مدة يجعل الحال حكما فيه حتى لو كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الآجر وهو رب الطاحونة ولو كان منقطعاً كان القول قول المستاجر **قوله** وما ذكره يعتبره للاستحقاق والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق **قوله** فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال فالحاصل ان المرأة تملك في هذه المسئلة بما تملك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة في هذه المسئلة يتمسكون بما تملك (به)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

قال ومن مات وله في بدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقران ما في يده حق الوارث خلافة نصاركما اذا اقرانه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه

به المرأة في المسئلة الاولى غير انها في المسئلتين تنمسك بالظاهر لاثبات الاستحقاق والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق للاثباته والورثته هم الدافعون جميعا في المسئلتين فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل الماء حجة لصاحب الطاحونة حتى يقضى بالاجر على المستاجر فقد تمسكت بالحال لاثبات استحقاق الاجر فلنا ثمة اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد ولبقاء ما كان على ما كان وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة بويده ما ذكر في المبسوط انه لو لم ينتقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان يوما واحدا فلم يكن له ان ينقضها لزوال العذر ويمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة علم انهما اتفقا على السبب الموجب في الحال فان قيل هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رحمه الله في الاصل اذ مات الرجل وترك ابنتين فقال احد الابنتين مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حيوته وقال الآخر صدقت وكنت ايضا مسلما اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موت الاب فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة فلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلف في الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار اليه تحكيم الحال وان كان السبب قائما الا ترى في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانتفاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين (و)

(كتاب القضاء فصل في انتضاء بالمواريث)

حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقرب قيام حق المودع ان هوي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعدموته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالتبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه * فلو قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال الاول لانه لما صح اقراره الاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره الثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر الاول لا مكذب له فصيح وحين اقر الثاني له مكذب فلم يصح *

قال واذ قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كميل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا ياخذ الكفيل

وقال صاحب الطاحونة لابل انقطع الماء شهرا فالتقول قول المستاجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدار وانقطاع مقدرو ذلك غير ثابت للحال فكذا الاختلاف هنا في مقدار مدة الاسلام لاني نفس الاسلام انه كان اولم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام المقدور فهذا هو المأخذ في المسئلة *

قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان صاحب اليد مقر بانه ملك الغائب وهو حي وبده في الوديعة يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكه باقراره وفي تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير بزعمه وهذا زعم ان الميت لم يبق مالكا وان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير فلو دفع هل له ان يسترده قال شيخ الاسلام علاؤ الدين رحمه الله ليس له ان يسترده لانه ساع في نقض ما اوجبه وروي عن ظهير الدين المرغيناني رحمه الله انه ترد في ذلك ولو لم يدفع حتى هلك في يده قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع بوجب الضمان فكذا من وكيله **قوله** وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال الاول وهل يضمن الثاني اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن نصفه الثاني كذا في النهاية (قوله)

(كتاب القضاء فصل في الضفاء بالمواريث)

والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي
ناظر الغيب والظاهر ان في التركة وارثا غايبا او غيرهما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاج
لنفقة كما اذا دفع الآبق والنفقة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله
لا يحنيفة روح ان حق الحاضر ثابت قطعا وظاهرا فلا بد من حق موهوم الى زمان التكفل

قوله والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيره
اما اذا قالوا لانعلم له وارثا غيره فدفع اليه من غير كنفيل ولا تاتى عندهم ولو شهدوا انه
ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادة تهم لانعرف
له وارثا غيره فان القاضي يلزم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر يقسم المال
بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ودل يأخذ كنفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا ريب في ان ابويوسف ومحمد وحمهما الله يأخذنم انما يدفع الى الوارث الذي حضر
جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث ممن لا يحجب بغيره كالاب والابن اما اذا كان
ممن يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع المال اليه مالم تقم البينة على عدد الورثة
او يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام الثوري رضي الله عنه واوقال المودع
لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه قال القاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى
ذكر بكر رحمه الله ان في كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا
الى القاضي وقدر الطحاوي رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر
يدفع المال ويأخذ كنفيل لاحتمال ان يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند ابى حنيفة رحمه الله
لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة كذا في النهاية
قوله واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله وهي امرأة تستفق وزوجها غائب وله
عند رجل ودبعة والمودع مة والود بعة والزوجة قال القاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كنفيل
قوله ان حق الحاضر ثابت قطعا اي فيما اذا لم يكن وارثا آخر وظاهرا اي فيما اذا كان (وارث)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

كمن اثبت الشرى ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى يبع في دينه لا يكفل ولا ان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النكفلان حق الزوج (في ماله) ثابت وهو معلوم واما الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وتبين ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اي مبال من سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض **قال** واذا كانت الدار في يد رجل اقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة راجح وقالان كان الذي هو في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يده امين وان لم يجحد ترك في يده لهدايا الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين

وارث آخر لكن القاضي مكلف بما ظهر عنده من الحججة وقد ظهر كونه وارثا والعمل بالظاهر واجب عليه فلا يؤخر حقه لحق موهوم الى زمان التكفيل ارايت لو لم يجد كفيل كان يمنع حقه * **قوله** كمن اثبت الشرى الى قوله لا يكفل اي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي اثبت شرائه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد حتى يبع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد علم ان المتبين المعلوم لا يؤخر الى زمان التكفيل لا مر موهوم **قوله** او اقرار العبد اي اقرار العبد الابق انه لفلان **قوله** وهذا يكشف عن مذهبه اي فان قوله وهو ظلم يكشف عن مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب وقول من قال كل مجتهد مصيب ينزع الى مذهب اهل الاعتزال لما ان عندهم الاصلاح واجب على الله تعالى فكان صيانة الله المجتهدين عن الخطاء وتقريرهم على الصواب واجبا عليه فيلزم من هذا ضرورة ان يقال كل مجتهد مصيب ونسبوا هذا القول الى ابي حنيفة رحمه الله واليه اشار بقوله لا كما ظنه البعض وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ليوسف (بن)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

قال ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبرا بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل

اذا كان الكل في يده وذكر في الجامع انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العين لا توجه الا على ذي اليد فانما ينتصب احد الورثة خصما عن الكل اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد الورثة ينتصب خصما عن المبت ومن باقى الورثة في دعوى الدين على المبت وان لم يكن في يده شيء من الشركة *

قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة اي يجب عليه صدقة جميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكوة كالنقدين ومال السوائم واموال التجارة بتليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب ومادونه لان ذلك يتعلق به الزكوة اذا انضم اليه غيره فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بما له لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصديق عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصديق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرفيق واثاث المنازل ونياب البذلة وغير ذلك **قوله** لانها خلافة كهي اي كالورثة من حيث انهما يشنان الملك بعد الموت والله تعالى اوجب المواريث في كل عين ودين **قوله** ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل اي في الحقيقة هما سيان لان ايجاب الصدقة (١)

وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح لأنها سبب الصدقة أذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لأنها سبب المؤنة أذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل أرض الخراج بالاجماع لأنه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال والمقيد بإيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما امسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لا خلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهرو وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله

الصرف إلى فاضل ماله في حياته وبعد وفاته يكون جنس ماله ناضلاً لاستغنائه عنه بالموت *
قوله ويدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رح لأن معنى الصدقة في العشر راجح عنده ولهذا لا يجب على الكافر وعند محمد وهو قول أبي حنيفة رح لا تدخل لأن فيه معنى المؤنة ولهذا لا يعتبر فيه المالك فاشبه الخراج **قوله** لأنه أعم من لفظ المال لأن الملك يطلق على المال وعلى غيره فإنه يقال ملك النكاح وملك الفصاح وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فإذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة مزينة على المال وذلك في أن ينصرف لا كل مال يجوز التصديق به فصارك أنه قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة فحينئذ ينصرف إلى مال الزكاة وغيره كذا هذا والصحيح أنهما سواء **قوله** والمقيد بإيجاب الشرع وهو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عمها تواربع عشراً أموالكم **قوله** وصاحب الغلة لشهراي صاحب الدور والحوانيت والبيوت النبي يؤجرها الإنسان يمسك قوت شهر (قوله)

قال ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف ر.ح انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية امانة بعد الموت فتعتبر بالامانة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاصا فتها الى زمان بطلان الامانة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فامانة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر*

قال ولا يكون النهي من الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة ر.ح والا هو والاول سواء لانه من المعاملات ويخبر الواحد فيها كغاية

قوله كما في تصرف الوارث لو باع الوارث تركته المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بعد فكذا الوصي **قوله** ومن اعلمه من الناس بالوكالة اي سواء كان حرا وعبد او كافرا **قوله** حتى يشهد عنده شاهدان اي يخبره مخبران وامراده من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة هنا ليس بشرط او واحد عدل ثم في هذا اللفظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر اذا كان اثنين ولفظ الكتاب مشبه ايضا وهو قوله حتى يخبره رجلان او رجل عدل وعن هذا اختلف المشائخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل او بحجر المأذون فاسقين ثبت العزل والحجر بوجود احدا الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدالة والعدد وتأثير العدد فوق تأثير العدالة الا ترى ان قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد ثبت الحجر بالخبر فالجواب ان ثبت الحجر بالعدد وان لم يوجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالزام بخبر الفاسق الواحد في انه لا يكون ملزما وانه يجب التوقف فيه وفي هذا الخبر الزام من وجه فكانت العدالة شرط في المخبرين هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لانه (لو)

وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شرطيهما وهو العدد والعدد الذي بخلاف الاول
وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف
اذا اخبر الموالي بجناية عبده والشفيع البكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها * **قال** واذا باع القاضي
او امينه عبد الغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام
القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كجلايته اعد عن قبول هذه الامانة فضيع
الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العائد

لوصح هذا الخبر لكان الزاماً بقول الفاسق وذلك لا يجوز به اخذ النقيض ابو جعفر الهندواني رح
وزعم انه هو المذهب عند الشيخين فترجى ومعنى ما اطلق في الكتاب محمول على ما اذا كان لا يعلم
حالهما بالفسق والعدالة كذا في النهاية *

قوله وله انه خبر ملزم لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فيكون شهادة
من وجه ويشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف في ملكه فوجب ان يشترط احد شرطي
الشهادة وهو العدد والعدد الذي توفير اعلى الشبهين حظهما والالزام من كل وجه ما كان الزاماً على
خصم منكرو مشروطاً بلانظر الشهادة **قوله** بخلاف الاول اي التوكيل وبخلاف الرسول لان عبارته
كعبارة المرسل فصارت كانه حاضرة وعلى هذا الخلاف اذا اخبر الموالي بجناية عبده نبأه او اعتقد لا يكون
مختاراً للفداء عنده الا اذا اخبره عدل او مستورا خلافاً لهما والشفيع اذا اخبره واحد غير عدل لا يبطل
شفعته عنده والبكر اذا اخبرت بانكاح الولي فسكتت فان كان المخبر واحد غير عدل لا يكون سكوتها
رضاعه والمسلم الذي لم يهاجر الي الحرب الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر فليخبر به عليه
من الفرائض ان كان المخبر عدلاً واثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها وان كان المخبر
فاسقاً ان صدقه فكذلك وان كذب فعلى الاختلاف الذي قلناه وقال شمس الانمة السرخسي رح
والاصح عندي انه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله عليه السلام **قوله** واذا باع
القاضي او امينه عبد الغرماء اي لاجل الغرماء وهم ارباب الديون ههنا واخذ المال اي الثمن (قوله)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء
 ثم استحق اومات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نابة
 عن الميت وان كان نابة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه *

قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم
 فيه بدينه فالواريث يجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث
 اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

قوله كما اذا كان العاقد محجورا عليه اطلق لفظ المحجور ليتناول الصبي المحجور والعبد المحجور فان
 من وكل صبيا محجورا يعتل البيع والشراء او عبدا محجورا جازا العقد بمباشرتهم ولا يتعلق الحقوق
 بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما فغنى الصبي لقصور اهليته وفي العبد لحق سيده
 والاصل انه اذا عذر تعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما في توكيل المحجور
 واقرب الناس في مسئلته من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا ترى ان القاضي لا يأمر الوصي او امينه الا
 بعد طلب الغريم فيرجع المشتري على الغريم **قوله** لانه عاقد نابة عن الميت وذلك لان الوصي قائم
 مقام الميت اما اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر واما اذا نصبه القاضي فكذلك لان القاضي انما نصبه
 ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي **قوله** فصار كما اذا باعه بنفسه اي المديون
 اذا باشر العقد بنفسه حال حيوته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته
 فيرجع المشتري على الوصي ثم يرجع الوصي على الغرماء **قوله** فالواريث يجوز ان يقال يرجع بالمائة
 التي غرمها ايضا وفي رجوع الغريم بما غرم اختلاف قال الفقيه ابوالميثم رح يجوز ان يقال
 يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصي او للمشتري لان هذا الضمان لحقه لا امر الميت
 وفي الجامع الصغير التمر تاشي رح ايضا والا صرح انه يرجع وقال بعضهم لا يأخذ في الصحيح
 من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره
قوله والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم الوارث اذا احتاج الى بيع شيء من التركة (وهو)

* فصل آخر *

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد ر ح انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال كثير القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انما اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة ولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ر ح ان كان عدلا لما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستغفر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة *

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفأود فعتها الى فلان قضيت بهاله عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي تطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو فاض ووجهه انهما لما اتفقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا

وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث ولو باعه امين القاضي رجع المشتري على الوارث اذا كان اهلا وان لم يكن اهلا ينصب القاضي عنه وصيا فيرجع عليه ويؤدي هومن مال الصغير *

* فصل آخر *

قوله فان احسن التفسير بان يقول في حد الزنا اني استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا *

(قوله)

ولا يمين عليه، لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي * ولو اقر القاطع
 أو الآخذ بما اقربه القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح
 كما إذا كان معاينا * ولو زعم المقتطوع يده والمأخوذ ما لده أنه قبل ذلك قبل التقليد أو بعد
 العزل فالقول للقاضي أيضا وهو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان *
 فصار كما إذا قال طئنت أو اعتنت وأنا مجنون وأجنون منه كان معهودا * ولو اقر القاطع
 أو الآخذ في هذا الفصل بما اقربه القاضي يضمن لأنهما اقرب بسبب الضمان وقول القاضي
 مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه
 ثبت فعله في قضائه بالتصادق * ولو كان المال في يد الآخذ وأنه لو رد اقربا اقربه القاضي
 والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه وأدعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه
 لأنه اقربان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة ورسول المعزول فيه ليس بحجة *

قوله ولا يمين عليه أي على القاضي لأنه لو لم يمينه اليدين فصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ
 والقاضي أمين الخصم **قوله** ولو اقر القاطع أو الآخذ أي لو اقر القاطع بامر القاضي أو الآخذ بمال بامر
 القاضي بالقطع والآخذ بقضاء القاضي لا يضمن أيضا كالقاضي لأنه أي لأن القاطع أو الآخذ
 فعله في حالة القضاء فلا يضمن **قوله** ودفع القاضي صحيح أي ودفع القاضي المال
 إلى رب الدين أو المستحق الذي هو الآخذ صحيح لأنه دفعه في حالة القضاء فالظاهر
 أنه دفعه بحق فكان دفعه صحيحا كما إذا كان معاينا أي كما إذا كان دفع القاضي المال
 إلى الآخذ بحكم القضاء في معاينة المأخوذ منه المال حكمه لا يضمن الآخذ فكذلك إذا اقربا
 اقربه القاضي **قوله** فالقول للقاضي أيضا وهو الصحيح وقال شمس الأئمة السرخسي رح
 إذا زعم المأخوذ منه أو المقتطوع يده أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل
 حادث فأنما يحال بحدوثه إلى اقرب الأوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق إلا بحجة
قوله وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على (غيره)

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا اطال بهم المدعى لقوله تعالى ولا يابى الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فانه

غيره فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فيجب ان لا يضمننا ايضا كالتقاضي قلنا ان هذه جهة يعارضها ما هو اقوى منها تقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة فان قيل هذا الوجه ثابت في حق القاضي ايضا قلنا لو وجبنا الضمان على القاضي لامتنع الناس عن قبول القضاء ولان حالة القضاء منافية لضمان القاضي لا محالة فكان الاسناد اليها مفيد او اما اسناد غير القاضي فعلة الى حالة القضاء غير مفيد لان ذلك لا ينافي في الضمان لا محالة لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما ادعى من القاضي امره بالقطع والاخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع والله اعلم *

الشهادة في اللغة هي الاخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان فعلى هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ من المعاينة لان السبب المطلق للاداء المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا واداء الشهادة وهي في الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة فنقولنا اخبار بصدق جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد منها اخبار بصدق اذا كان الامر على وفاق ما قالوا فان الاقرار اخبار بما في يده لغيره والدعوى اخبار بما في يد غيره لنفسه والانكار اخبار بما في يده لنفسه والشهادة اخبار بما في يد غيره لغيره وقولنا مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة (فصل)

(كتاب الشهادة)

آثم قلبه وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حق فیتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فصل لهذه الاخبارات وسائر الاخبارات الصادقة غير الشهادة قال الشهادة فرض يلزم الشهود ادائها ولا يسعهم كتمانها اذا طال بهم المدعي لقوله تعالى ولا يابى الشهداء اذا مادعوا الى النهي عن اداء الدماء امر بالحضور عند الدعاء وقوله ولا تكتنموا الشهادة والنهي عن الكتمان امر بالظهار وقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وعبد واستحقاق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التاكيد لان اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها بالغ من الاسناد الى الجملة الا ترى انك تقول اذا اردت التاكيد هذا مما ابصرته عيني ومما سمعته اذني ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغذ التي ان صلحت صلح البدن كله وان فسدت فسد البدن كله ولان افعال القلوب اعظم من افعال ساكن الجوارح الا ترى ان اصل الحسابات والسيئات الايمان والكفر وهذه من افعال القلوب فلما جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهود عليه بان الكتمان من اعظم الذنوب فان قيل النهي عن الشيء يقتضي في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب كما ذكر في اصول الفقه من ان المختار عندنا ان الامر بالشيء يقتضي كراهة ضده لان يكون موجبا له ودليلا عليه الى ان وكذا وعلى هذا القول يحتمل ان يكون النهي مقتضيا في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب ولهذا قلنا ان المحرم لما نهى عن لبس المخيط كان من السنن لبس الازار والرداء فعلم بهذا ان الامر المستعان من النهي يثبت السنة لا الواجب المطلق فضلا عن الفرض فلما هذا فيما اذا لم يقصد ضده كالامر بالقيام في الصلوة ليس بنهي عن التعود تصدا واما اذا كان ضده مقصودا كالامر بالايمان يكون نهيا عن ضده اذ ضده مقصود بنهي صريح وكذا النهي عن الشيء امر بضده اذا كان ضده مقصودا وفيما قلنا الضد مقصودا بالامر لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله ولان الامر بشيء له ضد وحديثي افتراض الضد ليتحقق موجب النهي فان الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى (ولا)

والشهادة في الحدد ودخبر فيها الشاهد في الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحدد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عم للذي شهد عنده لو سترته بشريك لكان خيرا لك وقال عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدر عن النبي عم واصحابه رضى دلائله ظاهرة على افضلية الستر لانه يجب (له) ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذا حياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع النطق فلا يحصل احياء حقه والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولتولد تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولم تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضى مضت السنة من لدن رسول الله عم

ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الابداء الشهادة تكون اداء الشهادة فرضا كفضية الانتهاء عن الكتمان * **قوله** والشهادة في الحدد ودخبر فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحدد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده ولو سترته بشريك لكان خيرا لك فان قيل هذا الذي ذكره معارض لاجلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيره من النصوص المقتضية لجوب الشهادة تلذذه الآية محمولة على الشهادة في حق العباد بدليل سياق الآية وهي آية المداينة لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تدانتم بين الذي اجل مسمى الى ان قال ولا يابى الشهاد الا وتكتموا الشهادة فكان الحديث المذكور والدليل الغنوي سلمين عن المعارضة ثم انهما يدلان على التخيير وفضلية الستر على الاظهار كور في الكتاب المعنى فيه ان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج الى احياء حقه من الاموال وذلك في حقوق العباد واما الحدد فحق الله تعالى وهو تعالى موصوف بالكرم والغنى وليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك ان يختار الشاهد جانب الستر وكان هو افضل صيانة لهتك عرض اخيه المسلم **قوله** ومنها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن (اربعة)

والخلفيتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والنقصان ولان فيها شبهة البدلية
 لقامها تمام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
 الحدود والنقصان تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى فاستشهدوا شهدين من رجالكم
 ولا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة
 رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة
 والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال

اربعة منكم ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فان قيل في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس
 فيها بيان نفي ذلك بدون العدد فلا بد من الشرح لمنع الزيادة والنقصان او لمنعها
 وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يقدح النقصان لم يتق لهذا التقدير فائدة فكان هذا
 قضية متلقة من جهة الشرع فينتهي الى ما انها الشريعة البه *

قوله والخلفتين من بعده ابو بكر وعمر رضي الله عنهما **قوله** ولان فيها شبهة البدلية
 لقوله تعالى فاستشهدوا شهدين من رجالكم فان قيل هذا النص ورد في المدائيات لما مر فكيف
 يكون حجة في الحدود والنقصان قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان هذه
 الآية جعلت حجة في غير المدائيات من الحقوق التي ثبتت مرة بالاقراء مرة بالشهود ولا حق ثبت
 شرعا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حد الزنا فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنتين من الشهود
 ومن سائر الحقوق ببقية الحدود فيثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس ان يكتفى بشهادة
 الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة وهذا كان خبر الواحد العدل
 موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يبلغوا حد التواتر فلا معنى
 لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى
 واشهدوا ذوي عدل منكم **قوله** كما ذكرنا اشارة الى حديث الزهري وما ذكر من شبهة
 البدلية **قوله** والوصية اي الايصاء لانه في تعداد غير المال **قوله** ونحو ذلك كالعاق والنسب (قوله)

وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط ونقصان الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهم وحدث عن الانها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واول وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولان الاصل فيها القبول لوجود ما يمتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد والثاني يبقى والثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يتقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة لهذه الاثبات فيما يندري بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهم

قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطالع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عدم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه

قوله وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجال وشرط الخيار **قوله** لوجود ما يمتني عليه اهلية الشهادة اي اهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء اذ في لفظ الكتاب نزع اخلال لانها لا تثبت بها اهلية الشهادة لان هذه الاشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والتافر ولا شهادة لهم **قوله** ونقصان الضبط بزيادة النسيان جواب عن قول الشافعي رح بقوله الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فقال ذلك نقصان انجبر بضم الاخرى اليها **قوله** وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق يثبتان مع الهزل والاكراه بخلاف الاموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل فلما ثبت هذه الاشياء اعني البيع وامثاله بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل فلان تثبت بشهادتهن النكاح والطلاق وهما يثبتان بالهزل اولى واما الوكالة والوصية والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتها (مع)

والجمع المحلى بالالف وللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح
في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس
اخف فكذا يستطاعت اعتبار العدد الا ان المتني والثالث احوط لما فيه من معنى الالتزام
نم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر بوجمل
في العين سنة ويفرق بعد لانها تؤيد بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها
بشرط البكارة فان فلن انها تب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن

مع الشبهات فثبت ذلك بشهادة النساء ايضا وان كان فيها شبهة البدلية يقبل شهادة رجل واحد
على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد أولى وفي باب
شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه شهد بذلك اي بالولادة والعيب
في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه
لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة
الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهور به هنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد
أولى وقد قال بعض مشائخنا انه وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا *

قوله والجمع المحلى باللام يراد به الجنس اي ان لم يكن نمه معهود والكل ليس بمراد قطعا
فيراد به الاقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنسية وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط
الاربعة وعلى ابن ابي ليلى في اشتراط الستين ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح ما لكما كان
ابن ابي ليلى **قوله** لان نظر الجنس اخف اعدم الشهوة ولهذا بعد الموت تغسل المرأة المرأة
والرجل الرجل فكذا يسقط اعتبار العدد اي لان نظر الجنس الى الجنس اخف يسقط اعتبار
العدد شرطا ليقول النظر وبقي احتياط والمتني والثالث احوط لما فيهما من معنى الالتزام ولهذا يشترط
فيها الحرية والاسلام ولنظ الشهادة واختص بمجلس القاضي **قوله** نم حكمها في الولادة شرحناه
في الطلاق اي في باب ثبوت النسب وهو قوله اذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد (لسته)

والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابىحنيفة ر
 في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين وعندهما
 تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضره الرجال عادة فصاركشهادتهن على
 نفس الولادة ولا بد في ذلك كله من العد واللفظ الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة
 وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العد الملقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
 ولقوله تعالى واشهد واذوي عدل منكم ولان العد التهي المعبنة لاصدق لان من يتعاطى
 غير الكذب قد يتعاطاه عن ابي يوسف ر ح ان الفاسق اذا كان وجبها في الناس ذامرة
 تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجهه ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح
 الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظ الشهادة
 فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة تأكيد
 فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله
 في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء

لستة اشهر فصاعدا فبحمد الزوج الولادة ثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة *

قوله والعيب يثبت بقولهن اي في الحال وفيام العيب في الحال شرط الصحة الخصومة فيحلف
 البائع بانه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية التحليف ان كان بعد القبض بالله لقد سلمها وهي
 بكر وان كان قبله بالله انها بكر **قوله** ولا بد في ذلك كله من العد واللفظ الشهادة اي في جميع
 ما تقدم **قوله** والاول اصح وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء كان ذوا جاهة او لم يكن
 وذلك لان قبول الشهادة لاکرام الشاهد كما قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى
 يحبي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا القيت الفاسق فالفقه بوجه
 يكفهرو من يكون معلنا للفسق فلا مروة شرعا فلهذا لا يقبل شهادته **قوله** واما لفظ الشهادة فلان
 النصوص نطقت باشتراطها اي ورد نظم النصوص بلفظ الشهادة والاشهاد والاستشهاد (نحو)

في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالتزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الامحدودا في قذف ومثل ذلك مردي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذا لا وصول الي القطع الا في الحدود والتقصا فان يسأل عن الشهود لانه يحتل لاسه لانه يشترط الاستنصاء فيه لان الشبهة فيها اربعة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم

بحقوله تعالى واقبموا الشهادة لله واشهدوا اذا تباعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فلما جاء الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر فان قيل يشكل على هذا لفظ التكبير ورد النص بلفظ قال الله تعالى وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفة ومحمد رح تبديله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله اجل او الله اعظم فلما اكبر للتعظيم وفي قوله الله اعظم صريح التعظيم فكان هو مثله والشهادة من المشاهدة لفظا وبذلك لم يتم استعمالها كان كذلك فالحكم المعلق جوازة باللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون جوازة معلقا بلفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي ثبت بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد فيه النص من الذي ورد لفظه الشهادة فيراعى فاما لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدى حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا *

قوله في الولادة وغيرها هو الصحيح احترزه عن قول العراقيين وذكر الامام التمر تاشي رح في قول القابلة في مسئلة الولادة وهل يشترط لفظ الشهادة ففي شرح ابي بكر رح قال مشائخ بلخ وبخارا يشترط وقال العراقيون لا وانفقوا على انه يشترط الحرية والعقل والبلوغ والاسلام **قوله** وبالظاهر كفاية اذا لا وصول الى القطع جواب لما يقال ان الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ومنها ثبت المدعى استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب ان لا يكتفى (بالظاهر)

لانه تقابل الظاهران فیسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد ربح الابدان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنية على الحجته وهي شهادة العدول فيتعرف من العدول وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولها في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلح ويردها المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزا من الفتنة ويروي عن محمد ربح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد

بالظاهر فاجاب ان الظاهر قائم مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان للوصول الى الدليل القطعي وذلك لانه لو لم يكتف بظاهر العدة لاحتج الى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لما ان المزكي في قوله عدل غير كاذب لان المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلو لم يكتف بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر لوجب ان لا يكتفى بظاهر عدالة المزكي ايضا لانه عمل بالظاهر فمحتمل يحتاج الى مزك آخر في تعرف عدالة المزكي الاول وكذلك في الثالث والرابع وهذا امر يؤدي الى التسلسل وتوهم ان الظاهر لا يكفي للاستحقاق قلنا قد يكفي له اذالم ينازعه آخر الا ترى ان الشفيع يستحق الشنعة بظاهر يده الثابتة على دارة اذالم ينازعه المشتري في ذلك وههنا ايضا كذلك لان كلامنا فيما اذالم يطعن المدعى عليه في الشهود ولو طعن فمح يسأل عنهم كما نوازع المشتري الشفيع في ما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه *

قوله لانه يقابل الظاهران لان الظاهران لا يطعن كذا **قوله** وفيه صون قضائه عن البطلان اي على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا يبطل القضاء **قوله** ان يبعث المستورة الى المعدل المستورة اسم للرفعة التي يكتبها القاضي وبعثها سرا يريد امينة الى المزكي (سميت)

قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة باصل الدار وهذا اصح *

سميت بها لانه تستر عن نظر العوام وفي المغرب حلية الانسان صفته وما يرى عنه من لون
وغيرة والجمع حلى بالضم والكسر والمصلى قبل المراد به المحلة وقيل مسجد المحلة
وهو اظهر وصورة تركية السران يعث القاضي رسولا الى المزكي او يكتب اليه كتابا فيه
اسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوفهم ان كان سوتيا حتى يتعرف المزكي
فيسأل عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه
في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل
يسكت احترازا عن هتك السرا ويقول والله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك
يقضى القاضي بشهادته فصح يصرح بذلك ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب
تحت اسمه في كتاب القاضي مستورا وصورة تركية العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل
والشاهد ويقول للمعدل هذا الذي عدلته او يقول للمزكي بحضرة الشهود هؤلاء عدول
مقبول الشهادة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول اي في عهد الرسول عليه السلام
 واصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن التجرح ولا يخاف من المدعي ولا من الشهود
لانهم كانوا متقدين للحق لا يهابونه بالاذى لوجرحهم ووقع الاكتفاء بتركية السري زمانا
وتركت تركية العلانية لانها بلاء وفتنه ان الشهود والمدعي يقابلون التجار بالاذى قال ابن سماعة
عن ابي يوسف رح اقبل في تركية السر المرأة والعبد والمحدود في القذف اذا كانوا عدولا ولا اقبل
في تركية العلانية الا من اقبل شهادته لان تركية السر من باب الاخبار والمخبر عنه به امر ديني وقول
هؤلاء في الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا لا ترى انه يقبل روايتهم في الاخبار عن رسول الله
صليه السلام ويجب الصوم بقولهم واما تركية العلانية نظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب
الا بها كما لا يجب الا بالشهادة حتى شرط في المزكي في تركية العلانية ما هو الشرط في الشهادة
من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصيرة وان لا يكون محدودا في قذف سوى (لفظ)

قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه ومن ابي يوسف ومحمد ح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد ح يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عند شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهادة ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا وانسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق * واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جازوا الاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز الاثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود وهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها * ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزايا ما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاص رح لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

لفظ الشهادة وعلى هذا تزكية الوالد لولده في السرجانة لانها من باب الاخبار كذا في النخيرة **واول** من سأل في السر شريح حتى قيل له احدثت يا ابا امية قال احدثتهم فحدثنا * **قوله** وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود ابي قال ابو حنيفة رح تقريرا على قولهما وذكر قاضي خان رح في جامعه ثم فرع ابو حنيفة رح على قول من يرى المسئلة عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة لم يقبل قول الخصم اى المدعى عليه * **قوله** واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود اراد به المرسل الى القاضي وهو المزكي **قوله** وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي معناه من ينقل قول المزكي الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكي **قوله** واشتراط العدد امر حكمي اي امر (ثبت)

* فصل *

وما يتحملها الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعدان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا فدمع *

قال ويقول اشهد الله باع ولا يقول اشهدني لانه كذب * ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر القاضي لا يقبل لان النعمة تشبه النعمة (فلم يحصل العلم) الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرا اذ اخل ولا يراد له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء

ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان المصدق في حق العمل بالعدد لا بالعدد كما في رواية حديث النبي عليه السلام في حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادات لكن اترك ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد فلا يتعداها اي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية والله اعلم

* فصل *

قوله احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي لا يحتاج فيه الى الاشهاد بل يجوز ان يشهد بدونه ولا كذلك الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في الظاهرة واما الشهادة في ما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي فاذا سمع ذلك الشاهد اي في ما يعرف بالسمع مثل البيع (و)

فلا بد من الأناقة والتحميل ولم يوجد وكذا الوسعة يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حملة وانما حمل غيره * ولا يحل للشاهد ان رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قبل هذا على قول الشيخين فرج وعندهما يحل له ان يشهد وقبل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به ان اشهد ثامن وانت * ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول والولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز

والاقرار وحكم الحاكم او رآه كالغصب والقتل وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء اي في تجويز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون والتبسك بالآية على قوله وسعدان يشهد به لانه اطلق اداء الشهادة بمجرى العلم وتدخل ذلك بالرواية في المراتب وبالسماح في المسموعات والعلم شرط جواز الاداء حيث جعله تعالى في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شروط وشرطي قوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد وانما جعله كناية لزيادة تأييد في توقف صحة اداء الشهادة على العلم *

قوله فلا بد من الأناقة والتحميل لانه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الأناقة والتحميل منه **قوله** وقبل هذا بالاتفاق اشارة الى اول المسئلة وهو قوله ولا يحل للشاهد ان رأى خطه ان يشهد **قوله** وعلى هذا اذا ذكر المجلس اي لا يحل للشاهد ان يشهد اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة ولم يتذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة **قوله** والدخول لانه امر مشتهر ويتعلق به الاحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان (قوله)

(كتاب الشهادة فصل)

لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلولا يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادعى الى التخرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر وبخبر من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبر رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وفيما في الموت يكتفى بخبر واحد او واحدة لانه قد ايشاهد حاله غير الواحد ان الانسان يدايه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض التخرج والاكسب والنكاح وينبغي ان يطابق اداء الشهادة اما اذا افسر للقاضي ان يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا افسر لتقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلوس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا فكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينسبط كل واحد منهما الى الاخر انهما الزوج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو افسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة فبقي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح آخر ان يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عم الولاء لحمة كلحمة السب وعن محمد رح انه يجوز في الوقف لانه يمتنى على من الاصرار الا ان تقول الولاء يمتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يمتنى عليه وما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر *

قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد انه ابنه واشهد انها امرأته اما اذا افسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا افسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد **قوله** دون شرائطه لان اصله هو الذي (يشتهر)

ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتدل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رح في الرواية وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا رح لان اليد متنوعة الى امانة وملك فلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

يشتهر قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتاريل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعدما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا يدا من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم *

قوله ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها اذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلامنازع لان اكثر ما في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشراء والهبة وما اشبه ذلك الا ان الشري انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وانه يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلامنازع فيثبت ان لا دليل على الملك سوى اليد فكان للشاهد ان يعتمد على مثل هذا الدليل اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فعد اعواز ذلك يصير الى ما يشهد به اليد قالوا ويحتدل ان يكون هذا تفسير الاطلاق قول محمد رح في الرواية فيشترط ان يقع في قلبه انه له لا يتناق وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال مشائخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى ملك وضمنان وامانة فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك فلنا والتصرف ايضا يتنوع الى نيابة (كا)

ثم ان عاين المالك والمالك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في بدنه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن نفسيهما فكذلك لانه لا يدلهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء

كانوكيل والمضارب والى اصله فلا معنى لاختيار هذه الزيادة اذا لاحتمال الازول بها والاصل ان الاملاك تكون في يد الملاك والمكسبون في يد غيرهم عارض فرجنا الاصل فان قيل الشاهد اذا قيد الشهادة بما استند العلم به من معاينة اليد والتأضي لا يقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمعاينة لتقبل التأضي الشهادة فلنا نحن جعلنا العيان سببا للجواز لا للوجوب والتأضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما ضمننا ذلك ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده ان يتصرف فيها تصرف الملاك ويبتعد اربحنا هذه واراد صاحب اليد ان يأخذها بالشفعة والتأضي لا يتضي له عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك المستعيج لان التماس ليس سببا للوجوب لكنه سبب الجواز *

قوله ثم ان عاين المالك والمالك المسئلة على اربعة اوجه ان عاين المالك والمالك بان عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة ووقع في قلبه انه له ثم رآه في يد آخر فنجاء الاول ادعى الملك وسعدان يشهد للاول بالملك بناء على يده وان عاين المالك دون المالك بان عاين ملكا بحدود ينسب الى فلان بن فلان الغلاني وهم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معروفا بالتسامع والملك معروف وان لم يعاين المالك والمالك ولكن سمع من الناس قالوا فلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك (وان)

لان لهما يد اعلیٰ انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رَح
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رَح وهو رواية عن ابي حنيفة رَح تقبل في الجري فيه
السماع لان الحاجة فيه الى السماع ولا دخل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رَح يجوز اذا كان
بصيرا وقت التحمل الحصول العلم بالمعينة والاداء يختص بالقول واسانده غير مؤف والتعريف
يحصل بالنسبة كما في الشهادة على اميت ولما ان الاداء يقتصر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الاب لا الخدعة وتيد شبهة يمكن التحرز عنها اجنس الشهود والنسبة
لتعريف الغائب دون الحاضر فذكر التحديد للتفادى ولو عني بعد الاداء يمنع القضاء عند ابي حنيفة
ومحمد رَح لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء اصير وقتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا
خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية لموت قد انتهت وبالعيبه ما بطلت *

وان عين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفته تامة وسمع ان له في قربة كذا ضيعة وهو
لا يعرف تلك الضيعة بعينها الا يسه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدد وهو شرط الشهادة *

قوله لان لهما يد اعلیٰ انفسهما حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يثبت
لغيره يد على الحقيقة حتى يعتبر لا طلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر التصرف وهو
الاستخدام مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه
طوعا كما يستخدم العبد سيدا وعن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله انه يحل له
ان يشهد فيها ايضا فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا اوامة في يد
غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه **قوله**
والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يد اعلیٰ انفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قوله ولا تقبل شهادة الاعمى وقال مالك رَح تقبل لان العبد لا يقدر في الولاية والعدالة (و)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فالولى ان لا يثبت له الولاية على غيره * ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تتبلموا لهم شهادة ابد اولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب فلما الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن * ولوحد الذافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتسام حدة برد شهادته بعد العتق **قال** ولا شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته

وباعتبارهما يجب الشهادة واهذا قبلت رواية الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لانه في السماع كالصبر وقال ابو يوسف و الشافعي رح اذا تحمل الشهادة وهو بصبر وادها وهو اعمى تقبل فيما لا يحتاج الى الاشارة كاديون والغار *

قوله ولانه من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف لان فيه معنى الزجر لا نديؤ لم قلبه كما ان الجلد يؤلم بدنه وقد آذاه بلسانه فعوقب باهدا ومنعت اسانه جزاء وفان بقي بعد التوبة كاصله وهو الجلد لان رد شهادته من تمام حدة واصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتهم له بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد ثمة للفسق ولم يبق بالتوبة ذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له **قوله** الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون لانه للاستيناف لان ما قبله امر ونهي فوضا الى الآية وهذه جملة اسمية اخبار عن حال فائدة فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستأنفة فانصرف الاستثناء الى هذه الجملة فحسب او هو استثناء منقطع بمعنى لكن لان التائبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه لكن الذين تابوا فان الله بغفر (ذنوبهم)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادة من ولا يتقبل)

ولا العبد لسيدة ولا المولى لعبد ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضى والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذة ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لاشهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد بالاجير مسانهة ومشاهرة (او مبارمة) فيستوجب الاجير بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها * ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والا يدي متحيزة ولهذا يجري النقص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو ملتصود فيصير شا هذا لنفسه من وجه او يصير متبهما بخلاف شهادة الغريم لاندلا ولاية له على المشهود به * ولا شهادة المولى لعبد لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى * ولا ملكا تبهما قلنا * ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لا شتر اكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة * وتقبل شهادة الاخ لاخته وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعهما متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض *

ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله *

قوله ولا العبد لسيدة اي لو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيدة للتهمة وهو قوله عليه السلام لاشهادة للقانع باهل البيت والقانع السائل من القنوع الامن القناعة واراد من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم **قوله** بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به اي لا يثبت له الولاية في المشهود به بالقضاء والغريم اذا غفر بحسن حقه من مال مديونه ان يأخذ ذلك قد يكون وقد لا يكون فلا يورث التهمة **قوله** لان الحال موقوف مراعى اي لان حال العبد موقوفة بين ان يصير للغرماء بسبب بيعهم في دينهم فيصير اجنبيا فتقبل شهادة المولى له او يبقى للمولى كما كان بسبب قضائه (دينه)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراة المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة * ولا نائحة ولا مغنية لانهما تر تكبان محرمان فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية * ولا مد من الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه * ولا من يلعب بالظهور لانه يورث غفلة ولا قد يتلف على عوارث النساء بصعوده سطحه لطير خيرة وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالظهور وهو المغني * ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة *

دينه ولا مكاتبه لما قلنا في لانه شهادة لنفسه من وجه *

قوله ولا نائحة ولا مغنية ولم يرد به النبي تنوح على مصيبتها في المستغني واعلم بان التغني حرام في جميع الاديان فقال في الزيادات واذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها النصيحة للمغنين والمغنيات وحكي عن ظهير الدين المرفعي اني رح الله قال لمقرئ زماننا احسنت عند قراءته يكفر **قوله** ولا مد من الشرب على اللهو وطلق الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا وفي فتاوى قاضي خان رح ولا تقبل شهادة مد من الخمر ولا مد من السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا يبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك او يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب وفي الذخيرة ولا يجوز شهادة مد من الخمر ولا مد من السكر لانه كبيرة ثم شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته انه يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز شهادة مد من السكر وان اراد به في سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر بشرط الادمان على الشرب ولا من يغني الناس وانما قيد بقوله للناس لانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال ان فيه تكرارا بعد ذكر المغنية قبل هذا الا نقول ذلك مخصوص (بالمرأة)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادة فهو من لا تقبل)

ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق **قال** ولا من يدخل الحمام من غير مبرر لان كشف العورة حرام * او ياكل الربوا او يقاتم بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه مساغ وشرط في العمل ان يكون آكل الربوا مشهورا بدلا ان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا *

قال ولا من يفعل الانفعال المستحقة كالبول على الطريق

بالمرأة وهذا عام ولان الاول في تعني المرأة مطلعا لان رفع الصوت فيها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا في التنغي للباس *

قوله ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد واختلفوا في تفسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والنزاع من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق والهب المحرم والزنا وشرب الخمر وهو قول اهل الحجاز واهل الحديث وزاد بعضهم على هذا السبع اكل الربوا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة واسم ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الانسة الحلواني رح انه قال ما كانت شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والنجور والحب عليها من جملة الكبائر فوجب سقوط العدة الكذا في الذخيرة **قوله** فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع للشهادة وفي الذخيرة ولا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج لكن يشترط انضمام احدي المعاني الثلاثة اذا قام عليه او شغله عن الصلوة او اكثر الخلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشياء الثلاثة من الكبائر ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا **قوله** لان الاجتهاد فيه مساغ قال مالك والشافعي رح يحل اللعب بالشطرنج * (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ولا من تقبل)

والإكل على الطريق لاند تارك للمروءة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب
فيهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف ظهور فسخة بخلاف من يكتمه * وتقبل شهادة اهل
الاهواء الا الخطايبه وقال الشافعي رح لا تقبل لاند اغاظ رجوة الفسق ولا الفسق من حيث
الاعتقاد وما وقع فيه الاتدينه به وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية ما مستباحا
لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطايبه فهم من غلاة الرافض يعتقدون الشهادة
لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجمة فتسكنت التهمة في شهادتهم *

قوله والإكل على الطريق يعني به مجرى الناس وذكر في فتاوى قاضي خان رح
ولا تقبل شهادة من ياكل في السرق بين ابدي الناس لان ذلك لا يفعل من كان له مروءة
ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفي السلف جمع سالف وهو الماضي
وفي الشرع اسم لكل من يتخذ مذهبه ويقتني اثره كالبيحيفة واصحابه رحمهم الله فانهم سلفاء
والصحابة والتابعون سلف لا يبيحيفة واصحابه كذا ذكره بدر الدين وفي الذخيرة قال ابو يوسف
لا اجيز شهادة من يشتم اصحاب رسول الله عليه السلام لانه لو شتم واحدا من الناس لا يجوز
شهادته فههنا اولى وتقبل شهادة اهل الاهواء الهوى ميلان النفس الى ما يستل به
من الشهوات وانما سموه بها لما بعثهم النفس ومخالتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان
اصول الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والنشيه والتعطيل ثم كل واحد
يصير اثني عشر فرقة فيبلغ الى اثنين وسبعين فرقة وفي الذخيرة وشهادة اهل الاهواء
مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ما جناه يكون عدلا في تعاطيه وهو
الصحيح وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة اهل الاهواء لانهم فسقة ذالفسق اعتقادا اغاظ منه
تعاطيا ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما لا تقبل شهادته لتهمته الكذب والفسق من حيث
الاعتقاد لا يدل على ذلك لاند انما وقع في الهوى المتعدي في الدين الا ترى ان منهم من يعظم
الذنوب حتى يجعله كغفرايمكون ممتنع عن الكذب كمن تامل المثلث او متروك التسمية عمدا معتقدا
اباحتها فاند لا يصير به مرد الشهادة **قوله** الا الخطايبه الخطايبه قوم من الروافض ينسبون (الى)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال وتقبل شهادته اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم مثل مالك والشافعي رحم
لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل
شهادته على المسلم فصارك المرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصاري بعضهم على
بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقد محرمة دينه والكذب محذور
الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له
(على المسلم) بالاضافة اليه ولانه يتقوّل عليه لانه يغبطه قهراً اياه وملل الكفر وان
اختلفت فلا تهر فلا يحملهم الغبط على التقوّل *

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه

الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجذع وكان يزعم ان ابيه الابلد الاكبر وجعفر بن محمد
الصديق الاله الاصغر فطرده جعفر فادعى في نفسه انه الله وزعم اتباعه ان جعفر الله
وابو الخطاب اعظم منه وهم كانوا يدينون الشهادة الزور لمواقبهم على مخالفتهم وتبيل يعتقدون الشهادة
لمن حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذباً فيمكن شبهة الكذب في شهادتهم *

قوله وصارك المرتد اي لا تقبل شهادة المرتد لجنسه وبخلاف جنسه وعليهم ما كذا الكافر **قوله**
ملل الكفر وان اختلفت فلا تهر جواب لما يقال كما ان بين المسلم والذمي معادة فكذلك
بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغي ان يكون اختلاف الملل مانعاً
فقال وان اختلفت مللهم لم يصح بعضهم مقهور بعضهم ليحملهم ذلك على التقوّل وبخلاف
الكفر فهم مقهورون من جهة المسلمين وذات حملهم على التقوّل عليهم **قوله** اراد به والله اعلم
المستامن وانما قيد بهذا لعدم شهادة الكافر الحربي على الذمي لما ان الشهادة انما تكون
في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام ولو دخل حربي في دار الاسلام بغير
استئمان يؤخذ قهراً فيسترق فيكون شهادته شهادة عبد فلا تقبل شهادة عبد على احد (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى جلالته وتقبل شهادته الذمي عليه شهادة المسلم عليه وعلى الذمي * وتقبل شهادة المستامين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين ينقطع الدلالة ولا يجزئ يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن * وان كانت الحسابات غالب من السيئات والرجل يحسب الكثرة لو قبلت شهادته وان الم ببعضه هذا هو الصحيح في حد الادلة المعتمدة اذ لا بد له من توفي في الكثرة لو بعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا في الامام ببعضه لا يندرج به العدالة الجسدية ولا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتناب النكاح سد باب له وهو مفتوح احياء للمحتوق

قوله لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى منه اي اتوب الى اهل الاسلام لانه قبل ما هو خلف الاسلام هو الحرية ولانه صار محقون الدم على التأييد ولا يجزئ يقتل المسلم بالذمي قصاصا ولا يقتل المسلم بالمستامن **قوله** بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا كذلك المستامن متصل بقوله وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل اي شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا من منعات مختلفة لانهم صاروا من اهل دارنا حتى لا يسكنون من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على اهل الذمة كلهم وان كانوا من منعات مختلفة فكذلك شهادة بعضهم على البعض لان دار الاسلام لا تختلف باختلاف المنعة بخلاف المستامين حيث لا تقبل شهادة بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل الدارين كالروم والترك لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجزي التوارث فان قبل الذمي مع المستامن مختلفان دارا وقد قبلت شهادة على المستامن فلما الذمي لعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستامن فكذلك اشهادته على المستامن بخلاف الرومي والتركبي لاستوائهم في دارنا فامتنع القبول **قوله** وان الم ببعضه حكى عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصفائر ولا يخلون عن اتيان ما هو مأذون به في الشرع فيعتبر في ذلك الغالب يريد به في حق (الصفائر)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال وتقبل شهادة الانلف لان لا يخل بالعدالة الا اذا ترك استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا **قال** والخفي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة عاتقة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلمافصار كما اذا قطعت يده **قال** وولد الزنا لان فسق الابرين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رح لا تقبل في الزنا لانه يجب ان يكون غيره كمثلهم فليأخذ العدل لا يختر ذلك ولا يستحبه والدلام في العدل **قال** وشهادة الخشي جائزة لانه رجل وامرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال جائزة والمراد عدال السلطان عند عامة المشائخ وقال نفس العدل ليس بنسق الا اذا كانوا اعداء على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رح في الغاسق لانه لو جاهد لا يقدم على الكذب حفظ المروءة ولها بته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة *

قال واذا شهد الرجلان ان اباهما الوصي الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا لو ان الوصي لم يجز في القياس لا يجوز ان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهذا بذلك ارغى بيمان لهذا على الميت دين او للميت عليه دين او شهد الوصيان ان الوصى الى هذا الرجل معهما

الصغار فان كان غالب احواله انديتي بما هو صانوه به في الشرع يحترم زعمه لا يتصل في الشرع من الصغار كان جائز الشهادة بعد ان تحزر عن كل الكبر وان كان غالب احواله انه لا يحترز من الصغار لا يكون جائز الشهادة *

قوله تقبل شهادة الانلف وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تقبل شهادة رانما تقبل عندنا اذا ترك بعد الكبر وخوف الهلاك فان ترك على وجه الاعراض عن السنه والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا **قوله** وشهادة الخشي جائزة وفي الخزنة والخشي المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل **قوله** وعدال السلطان عند عامة المشائخ وهم الذين يعينون السلطان في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بايديهم ويؤجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء (و)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان القاضي ولا يقر نصب الوصي اذا كان طالباً بالموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت به شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقر ان معهما ثالثاً يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكروا ولم يعرف الموت لانه ليس لدولة نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة في الغريبين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفاً لانهما يقران على انفسهما ليثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب تركه بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل وانكر لا تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انها ثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة *

وانما اورد هذه المسئلة رد القول ذاك القائل لان كسبهم اطيّب الكسب على ما ورد في الحديث افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحاً * **قوله** وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وهذا لان الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامه في احياء حقوقهم والغريمان قصدان نصب من يستوفيان منه حقهما او يبرآن بالدفع اليه والوصيان قصدان نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والوصي لهما قصدان نصب من يدفع اليه حقوقهما **قوله** مؤنة التعيين لان القاضي يلزمه ان يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصية لا ما تدور ديانته وهذا يتدبر ام لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكياه واخبر القاضي بان اهل لذلك فكفى مؤنة التعيين فصار كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعماها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي **قوله** والوصيان اذا اقر ان معهما ثالثاً جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر على الميت فلا يكون لذلك من غير شهادة فتسكن التهمة في الشهادة فاجاب ان الوصيين اذا اقران معهما ثالثاً يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا كان الوصي جاحداً لان القاضي ليس له اجبار احد على قبول الوصاية وبخلاف (ما)

(كتاب الشهادة.....باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الرفع بالتوبة فلا يتحقق الالتزام ولان فيه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم *

قال ولو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته (لان المدعي عليه في ذلك اجنبي عنه) حتى لو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم بذلك المال

ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه لم يكن له ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فيصير الشهادة موجبة بطل بمعنى التهمة وفي الغريدين الميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا قبل معنى القبول امر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لبراءتهما من الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فيه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها *

قوله ولا يسمع القاضي البينة على الجرح اي على الجرح المجرد وهو ما يتضمن لفسق الشهود من غير ان يتضمن الجواب حق من حقوق الشرع او حق من حقوق العباد نحو ان يشهدوا ان شهود المدعي فسقة وزناة او آكلنة الربوا او شريرة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم اجراء في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انه لا شهادة لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة وانما لا تقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار ذاقا لان فيها (ا)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولهذا قلنا ان لو اقام البيعة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف
او شريك المدعي **قَالَ** ومن شهد ولم يبرح حتى قال او همت بعض شهادتي فان كان
عدلا جازت شهادته ومعنى قوله او همت اي اخطأت بسيان ما كان يحق علي ذكره
او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلي بمثل هذه الهبة مجلس القضاء فكان العذر
واستحتمل ان تذكر في اوائده وهو عدل بخلاف ما اذا اقام عن المجلس ثم عاد وقال
او همت لانه يوهم الزيادة من المدعي بنيليس وخياله فوجب الاحتياط وان المجلس
اذا التحق المحقق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف
اسماء القاضية بلا ضرورة وهي حرام بالنص والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يثبت
ان فيه ضرورة وهي كف الظلم عن الظلم بالشهادة الدالة وقد قال عليه السلام انصر اخاك
ظما او مظلوما لانه لا ضرورة في اداء هذه الشهادة على ملاء من الناس ويمكنه كفه عن الظلم
باخراة القاضي بذلك سرا لا اذا شهدوا على اقرار المدعي انهم نسقوا وشهدوا بضرورة وانحوه
لانهم ما شهدوا بظلم القاضية حاشه واما حكوا اظهروا الحاشية عن غيرهم فلا يصبرون فاستعين فيثبت
المشهود بشوكة الاقرار ما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الالتزام لانه لا يرتفع بالتوبة *

قوله ولهذا قلنا ان لو اقام البيعة ان الشاهد عبد او محدود في قذف اذا كان فيه خصم ثم
بنيت الجرح بناء عليه قلنا ان لو اقام البيعة ان الشاهد عبد تقبل لان الرق حق الله تعالى
او محدود في قذف لان فيه احياء حق الله تعالى وهو رد الشهادة وان من تمام الحد او شارب
خمر او لم يتقدم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد او قاذف والمقذوف يدعي
لان فيه احياء الحد وفيه حدان والمغلب حق الله تعالى او شريك المدعي اي بشهد بدل مشترك
فيثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة فان قيل ينبغي ان يتقبل الشهود في الجرح المجرد لانه
في معنى التزكية علانية فلما في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعزير بهذه
الاشاعة فكان يمكنهم ان يخبروا القاضي بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة
الاحاشية من غير ان يشتموا بها حق ولا يصلح الفاسق معدلا **قوله** ومن شهد ولم يبرح (حتى)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يتقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم *

حنى قال او همت في بعض شهادتي قيل معنى قوله او همت في بعض شهادتي ان يكون غلطا في المقدار او في الجنس او في السبب ثم قيل يقضى بجميع ما شهد لان ما شهد صار حقا للمدعي على المدعي عليه ولا يبطل لقوله او همت وقيل يقضى بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسائة بل هو خمسائة يقضى عليه بخمسائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة ولو شهد بخمسائة لا يقضى بالف كذا هذا واليه مال شمس الائمة السرخسي رة وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ر ح اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء وبعد القضاء ولا او همتا وهما غير متهمين قبل ذلك منهم وروى بشر عن ابي يوسف ر ح في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم بحى بعد ذلك وقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته في ما بقي واذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وكذا فواله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال او غلطت او نسيت فهو مثل قوله قد شككت *

قوله وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود بان يذكر الجانِب الشرقي في مكان الجانِب الغربي او على العكس او في بعض النسب بان يذكر محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلا اي تقبل اذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده **قوله** وهذا اذا كان موضع شبهة قال في النهاية اي موضع شبهة التلبس من المدعي او المدعي عليه فاما اذا لم يكن اي موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعي او المدعي عليه او ترك الاشارة الى المدعي والمدعي عليه وعن ابي حنيفة وابي يوسف ر ح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا الاول هو الظاهر (باب)

(كتاب الشهادة باب الاختلاف في الشهادة)

* باب الاختلاف في الشهادة *

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفنها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها *

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه فان شهد احدهما باللف والآخر باللفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطفنة والطفقتان والطفقة والثلاث لهما اثنتا على الالف او اطفقة وتغرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتماعا عليه دون ما تغرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسائة ولا يبي حنيفة رحمه انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستند باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين

* باب الاختلاف في الشهادة *

قوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قيد بحقوق العباد لانه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لان كل احد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل احد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته او مطالبة من يقوم مقامه فاذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدعي مطالبة ما يشهد به الشهود فتقبل واذا خالفنها لم يوجد من المدعي مطالبة ما يشهد به الشهود فلم تقبل ويعتبر اتفاق الشاهدين لان النضاء انما يجوز بحجة وهي شهادة المشي فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة واتفاقهما في اللفظ والمعنى شرط عند ابي حنيفة رحمه والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فان شهدا احدهما باللف والآخر باللفين لا تقبل الشهادة عنده كما لو شهدا احدهما بدراهم والاخر بدنانير وهذا لان لفظ الالفين غير لفظ الالف وما يراى بالالفين غير ما يراى بالالف فلم يثبت واحد من اللفظين لانه ليس على كل واحد من اللفظين الاشهادة واحدة فان قيل الالف موجود في الالفين (فلنا)

(كتاب الشهادة باب الاختلاف في الشهادة)

بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال
قال وان شهد احد هما بالف والاخر بالف وخمسائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة
قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لنظر ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطف احد لهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف
فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد
بالالف والخمسمائة باطله لانه كذب المدعي في المشهود به وكذا اذا سكنت الا من دعوى
الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق واو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة
ولكنني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه *

قال واذا شهد بالف وقال احدهما قضاة منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما
عليه ولم يسمع قوله انه قضاة لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخرون ابي يوسف رح
انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاة مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا

قلنا نعم اذا ثبت الاثان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه
الا ترى انه لو شهد احد هما انه قال لا امرأته انت خلية وشهد آخر انه قال لها انت
برية لا يثبت شيء وان اتفقا في المعنى وفيما اذا شهدا احدهما بالالف والاخر بالالفين
تقبل ان وقع الدعوى في الفين بان كان في كيسه الفان رهم نشهدا احدهما ان جميع
ما في الكيس له وهو الفادرهم وشهد آخر بان نصف ما في الكيس له وهو الفادرهم
قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه *

قوله بل هما جملتان متباينتان اي كلمتان متباينتان وتسميته جملة لان مدلول كل واحد
منهما جملة مغايرة لجملة هي مدلول الآخر **قوله** فلا بد من التوفيق هذا جواب الاستحسان
والقياس ان تقبل لا مكان التوفيق **قوله** وجوابه ما قلنا وهو قوله لاتفاقهما عليه (قوله)

(كتاب الشهادة ... باب الاختلاف في الشهادة)

قال ويسمي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كبد لا يصبر معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير رجلا ن شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهدا احدهما انه قد قضاها والشهادة جائزة على القرض لانهما عليه وتفردا احدهما بالقضاء على ما بينا وذكرنا طحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر راجح لان المدعي اكدب شاهد القضاء فلهذا اكداب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول *

قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احدهما كاذبة بيقين وليست احدهما بالولى من الاخرى فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم يقبل لان الاولى قد رجحت باتصال القضاء بها فلا يمتنع بالثانية *

قوله فلهذا اكداب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول بيانه ان الشاهدين اذا شهد الانسان بمال ثم شهدا عليه بمال لانسان آخر فكد بهما المشهود عليه الذي هو المشهود له اولاً يقتضى له بما شهد له وان كان هو ينسبهما فيما شهدا عليه لان هذا تنسيق عن اضطرار والموجب للمرد هو التنسيق عن اختيار وكذلك لو شهدا الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكد بهما المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتهما على الف درهم ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح في شهادته له ولو شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة وشهدا آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين وان اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء وانطلاق والعنق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والتذوق تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان كان المشهود به قولاً كالبيع ونحوه فاختلف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلاً كالغصب ونحوه او قولاً لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور (١)

قال وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها تطع وإن قال أحدهما بقرة ولا خرثور لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لا لا يقطع في الوجهين جميعاً وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسود والحمر لا في السود والبياض وقيل هو في جميع الألوان إلهما إن السرقته في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل نعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحداهم وصار كالذكورة والانوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الميالي من بعيد واللون يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السود من جانب وهذا يصير والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالسفار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد

الشاهدين فعل وهو شرط فاختلا فهما في المكان أو الزمان يمنع التبول فإن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد ربح إذا اختلف شاهدان القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل شهادتهما وإن كان قولاً لأن كل واحد منهما إن كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وإن كان أحدهما انشاء والآخراخبارا فهما لا يفتقان لأن الانشاء أن تقول زنت أو أنت زان والآخبار أن يقول قد فنك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أنه سمع أحدهما الانشاء والآخراقراراً وكلاهما الاقرار وثبت عندهما فذنه فهما شهدا به *

قوله وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها تطع إلى قوله وقال لا يقطع وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة فقط وأما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما بالاجماع لأنه كذب أحد الشاهدين **قوله** وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحداهم أي الحداء عسر في الإثبات من الغصب لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة أولى أن لا يثبت الحد **قوله** وله أن التوفيق ممكن إلى قوله واللون يتشابهان (أو)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وكذا الوقوف على ذلك بالتقرب منه فلا يشبهه **قال** ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بانى وشهد آخر انه اشترى بانى وخمسائة فالشهادة باطله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الشئ فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولا المدعى يكذب احدهما فيه وكذلك اذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين ان يدعى المدعى اقل المائتين او اكثرهما

او يجتمعان فان قيل هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدروته لا لاثباته فلما ان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكتفا نقله فصار كما اذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهمما بكتفا ان بيان القيمة ليعلم انه هل كان نصا باقما اللون فلا واذا لم يكن القطع مضافا الى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصح الاخبار به للاثبات احياء للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن وبهذا تبين ان الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فان قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمى بقاء لاسوداء ولا يبيضاء فلما نعلم ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو عنده على ذلك اللون *

قوله وكذا الوقوف على ذلك بالتقرب منه فلا يشبهه اي الوقوف على صفة المذكورة والانوته لا يكون الا بعد التقرب منها وعند ذلك لا يشبهه فلا حاجة الى التوفيق **قوله** لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الشئ فان قيل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما ان الاسباب لا تراعى لذاتها وانما هي وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصودا قلنا الحكم مقصود في حق الانتفاع حتى اذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه انه باي سبب ثبت هذا فان الشهادة بالملك المطلق صحيح ولكن لو ثبت الحكم لا يثبت الا بسبب معين وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حق ذلك السبب المعين فكان اثبات ذلك السبب المعين مقصودا للمدعى والشاهدين حتى يثبت الحكم بناء عليه لانه مقصود بنفسه وذكر شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي (في)

لما بينا وكذلك الكتاب لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد نظا هرو كذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصالح عن دم العبد اذا كان المدعي هو المرأة او العبد او القاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت الغفوة العتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لاحظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع

في شرح الجامع في آخر الباب من الاقرار الذي يختلف فيه المنطق قال السيد الامام اذا ادعى الشراء فشهدا احدهما بالشراء بالف والآخر بالشراء بالف وخمسائة تقبل ولو اختلف الجنس بان شهدا احدهما بالشراء بالف والآخر بالشراء بمائة دينار لا تقبل لان الشرى الواحد تد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسائة بان يشتري بالف ثم يزيد في الثمن خمسمائة فقد انتفع الى الشراء الواحد اما الشراء الواحد فلا يكون شرى بالف درهم ثم يصير شرى بمائة دينار كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله لما بينا اشارة الى ان المقصود اثبات السبب **قوله** فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه اي خلافا وفاقا **قوله** لانه لاحظ له في الرهن فان الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن ان يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن بهلاكه لانه موهوم عسى ان لا يثبت ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق فلا يفيد بينة الراهن على ان باب حق الغير **قوله** وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبع للدين (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تنبل شهادته ومن لا تقبل)

وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فيجوز عوى الدين *

قال وأما النكاح فانه يجوز بالتف استحساناً ولا هذا باطل في السكاح ايضا ذكر في الامالي
قول ابي يوسف رحمه مع قول ابي حنيفة رحمه ان هذا اختلاف في العقد لان المتصور
من التجانيين السبب فاشبه البيع ولا يبي حنيفة رحمه ان المال في السكاح تابع والاصل
فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في ما هو الاصل فثبت ثم اذا وقع الاختلاف
في التبع يقتضى بالاقول لاتفاقهما عليه ويستوى دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح
ثم قيل الاختلاف في ما اذا كانت الميراث هي المدعى وفي ما اذا كان المدعي هو الزوج
اجماع (عليه) لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصودها ليس الا العقد وقيل
الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه والله اعلم *

قوله وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فيجوز عوى الدين انما قيد بقوله والمدعي
هو الآخر لانه لو ادعى المستأجر عند الاجارة بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا
بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما
قوله يقتضى بالاقول لاتفاقهما عليه ويستوى دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح
فان قيل في هذا تكذيب المدعي لاحد الشاهدين كما في البيع فلما المال ليس بمقصود ههنا
لما ان النكاح يجوز بدون ذكر المال ولو نزل التكذيب انما يلزم في التبع والتكذيب فيه لا يوجب
التكذيب في الاصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب
نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة **قوله** وقيل الاختلاف في الفصلين وهما ما اذا كان المدعي
هو الزوج وما اذا كان المدعي هو المراه **قوله** وهذا اصح والوجه ما ذكرناه وهو
ما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد الى ان قال
ولا يبي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل
لا يفرق بين ان يكون المدعي الزوج او المراه والله اعلم *

(فصل)

* فصل في الشهادة على الارث *

قال ومن اقام البيعة على دارانها كانت لابيها عارها واودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البيعة انه مات وتركها ميراثا لله واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى للموارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا لله عند البيعة ومحدده خلا لا يبيوسفه هو يقول ان ملك الموارث ملك المورث نصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به الموارث وهما يقولان ان ملك الموارث متجدد في حق العين حتى يحجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل الموارث الغني ما كان صدقة على المورث الغني فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاعني ذلك عن الجبر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تتقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصارت بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

* فصل في الشهادة على الارث *

قوله ولا يكلف البيعة انه مات وترك ميراثا لله هذا بالاجماع اما عندا يبيوسفه روح فظاهر لانه لا يشترط الجبر والانتقال لقبول البيعة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للموارث ضرورة لانه يخلفه في املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحمي بانها كانت له وبمنزلة الشهادة للمشتري انها ما كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كانا يشترطان الجبر والانتقال الى الموارث في الشهادة لم يشترط ذلك هنا لان المدعي اثبت لمورثه يدا في المدعى عند الموت بما اقام من البيعة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصارتا له اقام البيعة ان اباه مات والدار في يديه ولو كان كذلك كانت البيعة مقبولة فكذا هنا **قوله** في حق العين اي في حق احكام ترجع الى العين **قوله** ويحل للموارث الغني اي لولا تجديد الملك لما حل له ذلك **قوله** فلا بد من النقل بان يشهدوا انه مات وتركها ميراثا والله مات وهو ملكه **قوله** وكذا على قيام يده على ما ذكره اشارة الى ما ذكره بعدة (بقوله)

(كتاب الشهادة فصل في الشهادة على الارث)

وان قال الرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف ر ح انها تقبل لان اليد مقصورة كملك لو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصلا ر كذا اذا شهدوا بالاختصاص المدعي وجه الظاهر وهو قولا هما ان الشهادة قامت بسجھول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء بعادة المجھول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف . بخلاف الاختصاص لانه معلوم وحكمة معلوم وهو وجوب الرد لان يد ذي اليد معين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعينة وان اقر بذلك المدعي عليه دعت الى المدعي لان الجھال الذي المقرب لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان ان اقرارها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم بقوة لان الايدي عند الموت تنسب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لان اليد عند الموت لا يخلو من ان يكون يد ملك او غصب او امانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا ان كانت يد غصب لانها يصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فيصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك ايضا فصلا والشهادة بيد متألقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة *

قوله وان قال الرجل حي يعني اذا كانت الدار في يد رجل فادعاه رجل آخر ليست الدار في يده انها له فشهد الشهود على هذا الطريق قيد بقوله حي لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالاجماع ويكون الدار لو ارثه وقد ذكرناه وقيد بقوله انها كانت في يد المدعي لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق واما قوله منذ اشهر ليس بقيد فانه ذكر الامام الترمذي ر ح شهدوا لحي ان العين كان في يده لم تقبل وعند ابي يوسف ر ح تقبل **قوله** وان اقر بذلك المدعي عليه يعني قال المدعي عليه ان هذه الدار كانت في يد المدعي هذا وكذا لو شهدوا شاهدان ان المدعي عليه اقرارها كانت في يد المدعي تقبل شهادتهما لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم وانما الجھال الذي المقرب وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعي عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله * (باب)

* باب الشهادة على الشهادة *

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذا شهد الاصل فديعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلم يجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالحدد والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي ربح لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائلان مقام شاهد واحد فصارك ما لم رأين

* باب الشهادة على الشهادة *

قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لزممت شاهد الاصل وليست بحق المشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها والا جبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية اولانه متمكن زيادة الشبهة فيها اذا الاخبار اذا تناسخها الالسة يتمكن فيها زيادة ونقصان الا انهم تركوا القياس احياء للحقوق **قوله** ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت اي ولشدة الحاجة اليها جوزنا الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم الا ان فيها شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات كالحدد والقصاص كشهادة النساء مع الرجال بل اولى لان شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول وقالوا ان معنى البدلية لا يقوى لان القاضي يقضي بشاهد يشهد اصلا وبشهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل كما في الوضوء والنيمة ويجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الاصول ولكن في الشهادة على الشهادة شبهة زائدة يمكن الاحتراز عنها (بجنس)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

والقول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة

بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا ظهر لبعضهم عذر يمتنع بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به احق هو ام لا وهما ثبتت بشبهة زائدة في نفس الشهادة هل انها وجدت من الاصول ام لا فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهد ينزل اذا شهد على شهادة شاهدين ان القاضي يلزمه ان يضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضي لانفس الحد وفعل القاضي مدانته بالشبهات واما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان قيل اليس ان اقامة الحد مستط للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف *

قوله والقول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فوجه تسمك بهذا هو ان الاندول على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ومن قال به كان يقيده بالاطلاق بغير دليل اذ لم يرو عن غيره خلافا وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان لا يجوز رشادة الفرعين عن اصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة اصل واحد صار بمنزلة اصل واحد ثم لو شهدا ايضا عن اصل آخر صار بمنزلة احدى اصلين شهد عن نفسه وعن اصل آخر قلنا الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعدد في نفسه فلا يصلح ان يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لتحقيقا ولا تدبرا **قوله** من الحقوق اي من حقوق الناس لانه يجب على كل واحد من اصلين ان يؤدي ما عليه اذا طالبه المدعي **قوله** لما روينا اي من قول علي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وانه يجوز شهادة (١)

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادة تي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندني بكذا واشهدني على نفسه ان الفرع كالتائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم ينقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم ينقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عندنا بكذا وقال لي اشهد على شهادة تي بذلك لانه لا بد من شهادة تة وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقتصر منه وخير الامور اوسطها

الواحد على شهادة الواحد لان الفرعي قائم مقام الاصيل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضور وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة *

قوله ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي اي لا بد ان يشهد الاصل كما يشهد عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التحميل وهو ان يقول اشهد على شهادة تي ولا يقول اشهد علي بذلك لانه يحتمل ان يكون على اصل الحق المشهود به وهو امر بالكذب وكذا لا يقول فاشهد بشهادة تي لانه يحتمل ان يكون مراده فاشهد بمثل شهادة تي فيكون امرا بالشهادة على اصل الحق **قوله** لانه لا بد من شهادة تة وذكر شهادة الاصل لانه يشهد على شهادة الاصل **قوله** وذكر التحميل لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل **قوله** ولها لفظ اطول من هذا وهو ان يكون يقول الفرعي بين يدي القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان فلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادة تة بذلك الان فيحتاج الى ذكر ثمانين شيئا وفيما ذكر في الكتاب خمس شيئا وما ذكر في الكتاب هو اختيار شمس الائمة الحلواني رحمه **قوله** واقتصر عنه وهو ان يقول الفرعي عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا اجاز (وفيه)

ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد ر ح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لان لا بد من نقل شهادة الاصول لتبصر حجة فيظهر تحميل ما هو حجة **قال** ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوارها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل بهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما

وفيه شيان فلا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار النقيب ابي الليث ر ح واختيار استاذ ابي جعفر وهكذا ذكر محمد ر ح في السير الكبير وحكي ان فقهاء زمن ابي جعفر كانوا يحلفون ابا جعفر في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل في اداء الفرعي فالخرج الرواية من السير فالتدوير والافتراء عند احد على هذا كان في سعة من ذلك وهو اسهل وابسر كذا في الذخيرة والمغني *

قوله ومن قال اشهدني فلان على نفسه اي اشهدني المقر على اقراره لم يشهد السامع على شهادته اي لا يحل للمسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد ر ح وذلك لان الشاهد الفرعي لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد ر ح بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول دون الفروع وجب الضمان على الاصول في قول محمد ر ح ولو رجع الاصول والفروع جميعا تخبر المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع فلا يصير الوكيل وكيفا عن الموكل الابامرة وفي الفوائد الظهيرية ومعنى قوله حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع ان المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع وليس معناه انه يقضى بالنصف على الاصول والنصف على الفروع بل هذا كالمغاصب مع غاصب الغاصب فلم يغصب منه ان يضمن ايها شاء في الذخيرة فان ضمن الفروع (فالفروع)

حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن

فالفرع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفرع ايضا بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب الغاصب واما عندهما فلان الحكم وان كان يضاف الى الفرع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول عند الرجوع ولكن تحميلهم انما يصح اذا عاينوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة ويظهر ان التحمل حصل ببا هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفي الفوائد الظهرية فقولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للفرع بقيام الحق بمجرد شهادة الاصول مزيف لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة ان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد له من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحمل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة حق مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها واثم بكتماها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فبا اعتبار هذا لا يشترط الا امر بصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امرة مضرة فبا اعتبار هذا لا يشترط الا امر بصحتها وصار هذا كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا نكحها اجنبي بغير امرة لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه *

قوله حتى ادير عليه عدة من الاحكام نحو قصر الصلوة والنظر في الصوم وامتداد مسح الخف الى ثلاثة ايام وعدم وجوب تكبيرات الشريق على قول ابى حنيفة رح (والاضحية)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

والثاني ارفق وبه اخذ النقيب ابو الليث **قال** فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التركبة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صحيح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث التضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة * **قال** وان سكنوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابو يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوها لم يتلقوا الشهادة فلا تقبل ولا ييوسف رح ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا اتقوا يعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا *

والاصحبة والجمعة وحرمة خروج المرأة من غير محرم او زوج * **قوله** والثاني ارفق وهو ما قال ابو يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول ابي يوسف رح وكثير من المشائخ اخذوا بهذه الرواية ثم قال وروي عن محمد رح ان الشهادة على الشهادة تجوز كيف ما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لان شاهد الفرع اذا صلح مزكيا فلا فرق بين تركبته وتركبته غيره وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صحيح لما قلنا انه من اهل التركبة غاية الامر اني غاية ما يرديه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث ينفذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة كيف يتهم وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وعن محمد رح لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان لا تخبرك لا يقبل القاضي شهادتهما (و)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط * وان اشهد رجلا ن علي شهادة رجلين علي فلانة بنت فلان الفلاني بالفي درهم وقال اخبرنا انهم يعترفانها فجاء بامرأة وقال لا اندري أهبي هذه ام لا فاندبقت للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غير هاتين من تعريفها بملك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان علي ان المحدود بها في يد المدعي عليه وكذا اذا انكر المدعي عليه ان المحدود المذكور في الشهادة حدود ما في يديه *

وعن ابي يوسف رح اذا قال الفرعان لا نخبرك يسأل غير الفرعين عن الاصول ولو قال الفرعان لا نعرف الاصل اعدل ام لا قال الشيخ الامام ابو الحسن علي السعدي رح وقول الفرع لا نخبرك سواء وقال شمس الائمة الحلواني رح اذا قال لا نعرفه اعدل ام لا لا يرد القاضي شهادة تهما ويسأل عن الاصول غيرهما هو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وما اذا شهد شاهدان عندا في شيء والقاضي يعرف عدالة احدهما ولا يعرف عدالة الآخر فعليه هذا العدل اختلف المشائخ فيه قال بعضهم يصح تعديله كما لو عدله رجل غيره وقال بعضهم لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما ولا يصح تعديله *

قوله وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ومعنى المسئلة انهم قالوا لما اشهادة علي هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء المروع يشهدون علي شهادة تهم بهذه الحادثة اما مع حضر تهم فلا يلتفت الي شهادة المروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين **قوله** يشهدان علي ان المحدود في يد المدعي عليه وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهرا اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولي استحقاق الشفعة اما لو كان المدعي هو البائع بطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الي كون المحدود في يد المشتري (قوله)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على القاضي)

قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي
لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التسمية لم يجز حتى
ينسبوا الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة
العامة وهي عامة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها
خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والا وزجندية خاصة وقيل السمرقندية والخاربة عامة وقيل
الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد
عند ابي حنيفة ومحمد رح خلا فالاب يوسف رح على ظاهر الرواية فذكر الفخذ يقوم مقام الجد

قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي اي اذا ورد كتاب القاضي الى القاضي وفيه
شهاد بين يدي فلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا من المال وانكر ذلك الرجل ان يكون
هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه ما لم يشهد آخرا ان فلان بن فلان وهذا
لان كتاب القاضي لنقل الشهادة كالشهادة على الشهادة الا ان القاضي بولايته وامانته
يتفرد بالنقل **قوله** ولو قالوا في هذين البابين اي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي
الى القاضي فلانة بنت فلانة التسمية لم يجز حتى ينسبوا الى فخذها وهي القبيلة الخاصة
الفخذ آخر القبائل الست كذا في الصحاح وفي الكشاف قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل
لتعارفوا الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الستة التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة
والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة يجمع العمارة والعمارة تجمع البطون
والبطون تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل حزيمة شعب وكأنه قبيلة وقريش عمارة وقصي
بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل تنسب منها فعلى هذا لا يكون
الفخذ هي القبيلة الخاصة والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة وفي الديوان الشعب بفتح
الشين والعمارة بكسر العين **قوله** ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح
خلا فالاب يوسف رح فان عدة يتم بذكر الاب ولا يحتاج الى ذكر الجد في التعريف (قوله)

(كتاب الشهادة فصل في شاهد الزور)

لانه اسم الجدد الاعلى فنزل منزلة الجدد الادنى والله اعلم *

* فصل *

قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور شهرة في السوق ولا اعزرة وقالوا نوجعه ضرباً ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطاً وسخّم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شربها كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغته في الزجر ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع فوجب التخفيف نظراً الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

قوله لانه اسم الجدد الاعلى اي في القبيلة الخاصة فنزل منزلة الجدد الادنى وهو باب الاب والله اعلم *

* فصل *

شاهد الزور يشهر ويعزر ان يقر على نفسه بالكذب متعمداً فيقول كذبت فيما شهدت متعمداً او يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حياً حتى ثبت كذبه بيقين ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة لانه نفي لشهادته والبينة حجة الاثبات دون النفي فاما اذا قال غلطت واخطأت اوردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر **قوله** سخّم وجهه اي سودّه من السخام وهو سواد القدر واما بالحاء المهملة من الاسخام الاسود فقد جاء كذا في المغرب وفي المغني ولا يسخّم وجهه يروى هذا اللفظ بالحاء والحاء جميعاً **قوله** ولان هذه كبيرة قال عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور واذا ثبت انه مرتكب للكبيرة قلنا يعزر على ذلك ويشهر لعلام الناس حتى لا يعتمدوا وشهادته بعد ذلك **قوله** وله ان شربها كان يشهر ولا يضرب (فان)

(كتاب الشهادة فصل في شاهد الزور)

ثم تفسر الشهير منقول من شريح رح فانه كان بيعته الى سوقه ان كان سوفاً الى قومه
ان كان غير سوفاً بعد العصر اجمع ما كانوا يقول ان شريحاً يقرء كم السلام ويقول انا وجدنا
هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكروا خمس الاثمة السرخسي رح انه يشهر
هدهما ايضا والتعزير والحس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه
في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا برور لم يضربا ولا يضربان
وفائدة ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقتضى على نفسه بذلك فاما لا طريق
الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبيانات للآثبات والله اعلم *

فان قيل اليس ان ابا حنيفة رح لا يرى تقليد التابعين حتى روي عنه انه قال لا يقتلهم
رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشائخنا الماخرون انما ذكرنا ابو حنيفة رح
اقول بل التابعين في كتبه لبيان انهم يستبد بهذا القول بان سبقت غيره وقال متبعاً لا مخترعاً فلما
ذكر في النوادر عن ابي حنيفة رح من كان من الاثمة التابعين وافتمى في زمان الصحابة
وزا حنهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانا قلده مثل شريح والحسن ومسروق وعائشة
رحمهم الله وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الجواب وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر
قوله محتجابه بل محتجاً بتجوير الصحابة فعله فان قضاءه وتشهيره كان بمحض من عمر
وعلي رضي الله عنهما فانه كان قاضياً في عصرهما فلما يشتهر عن قضايه كما مروى عنهما
وكان هذا في الحقيقة احتجاجاً بقولهما وابو حنيفة رح يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا
في الجامع الصغير للامام المحبوبي وذكر الامام العلامة النسفي رح في الكافي وشريح كان قاضياً
في زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل
الاجماع فكان هذا منه احتجاجاً بجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لا يرى تقليد التابعي
قوله وفائدة انه اي فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور انما يعرف ان شهادته كانت زوراً
وكذباً بقرارة لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبيانات للآثبات * (كتاب)

كتاب الرجوع عن الشهادات

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء
والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئاً لا على المدعي
ولا على المشهود عليه * فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم
يناقض اوله فلا ينتقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجع
الاول باتصال القضاء به * وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لا قرارهم على انفسهم بسبب
الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقره من بعد انشاء الله تعالى * ولا يصح الرجوع
الا بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس
القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر والسرو الا اعلان
بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما
واراد بينهما الا يحلفان وكذا لا تقبل بيئته عليهما لانه ادعى رجوعاً باطلا حتى لو اقام البيئته
انه رجع عند قاض كذا او ضمنه المال تقبل لان السبب صحيح * واذا شهد شاهدان بمال فحكم
الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

اعلم ان للرجوع ركناً وحكماً وشرطاً فركنه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به او يقول
شهدت بزور فيما شهدت وشرط جوازه ان يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير
كما بينا والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به ما لا وقد ازاله بغير عوض *
قوله ولا يصح الرجوع الا بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان فان قيل ينبغي ان لا يكون الرجوع
مختصاً بمجلس القضاء لان الرجوع عن الشهادة اقرار بضمان مال المشهود عليه على
نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء (قلنا)

(كتاب الرجوع من الشهادات)

كحافر البير وقد سبباً للتلاف نعد يا وقال الشافعي رح لا بضمان لانه لا عبرة
للتسبب عند وجود المباشرة فلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشرو هو الفاضي

فلنا ما كان شرطاً في الابتداء يكون شرطاً في البقاء كالمبيع فان وجوده شرط الصحة البيع
فكان بقاءه شرطاً لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرطاً لصحة الشهادة فكذا يجب ان يكون مجلس
القضاء شرطاً لفسخ الشهادة وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا احضار رأس
مال السلم فاندليس بشرط في فسخ السلم مع انه مشروط في ابتداء عقد السلم لاننا نقول اشتراط
وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا لعقد السلم بل يفسد السلم بعد الصحة اذا افترقا
لا عن قبض احترازاً عن الكالئ بالكالئ وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ *

قوله كحافر البير اي في نارة الطريق فان نقل الساتط فيها علة التلف والمشي سبب والحفر
شرط لانه ازال المانع من السقوط فالتقل امر طبيعي لا يصلح لاضافة التلف اليه والمشي مباح
لا تعدي فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعدي فيه وهذا لا يمكن ايجاب الضمان على
القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين الى القضاء فان بعد
ظهور عدائهما وجب عليه القضاء شرعاً حتى لو امتنع منه يأثم ويعزل ويعزر ولا يمكن استيفاءه من
المدعي لان الحكم ماض فواجب الضمان على الشاهدين لانهما سببان وقد اقر على انفسهما
بالتعدي **قوله** وقال الشافعي رح لا بضمان لانه لا عبرة للسبب عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه
التقصص على الشهود اذا رجعوا مع وجود المباشرة من الولي على اصله لانه انما اعتبر السبب
نمه احتياطاً في امر الدماء وتعظيماً له الا يرى انه يقول بالتقصص في باب القسامة ولحديث
علي رضي الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا ولو علمت انكما تعمدتما
لنقطعت ايديكم فلنا حديث علي رضي الله عنه كان للنهد يد لانه صح من مذهب علي
رضي الله عنه ان اليمين لا تقطعان بيد واحدة وقد يهدد الامام بما لا تحقق له قال عمر
رضي الله عنه ولو تعمدت الى المنعة لرجمت والمنعة لا توجب الرجم بالاتفاق (قوله)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس من ثقلة وتعدراستيفاء من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال ديناً كان او عيناً لان الاتفاق به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين *

قال فان رجع احد هما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق * وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدثهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة

قوله لانه كالملجأ الى القضاء ولم يقل انه ملجأ لانه لو صار ملجأ حقيقة بشهادة الشهود طلى الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد اذا ظهر كذبهم كما في المكروه وليس كذلك وذلك لان الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنيا ودية والقاضي ههنا انما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به ملجأ حقيقة لان كل احد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرهاً **قوله** وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال ديناً كان او عيناً لانه تحقق الخسران عند تسليم المال الى المقضي له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدراً بالمثل وهما اثلثة عليه ديناً حين الزموا بشهادتهما ذلك فاذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عيناً في مقابلته دين ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وفي الاعيان ان يثبت الملك للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلم يكن له ان يضمن الشاهدين شيئاً لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام ان كان المشهود به عيناً فالللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين او لم يقبض لان الشهود ازالوا الملك عنه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلو ازالنا العين عن ملكه باخذ الضمان منهما لا يبقى المماثلة بخلاف ما اذا كان المشهود به ديناً **قوله** والاصل ان المعتبر في هذا بقاء (من)

(كتاب الرجوع من الشهادات)

والمتلف متى استحق سقط الضمان فالولي ان يمتنع * فان رجع آخر ضمن الراجعان
نصف المال لان بقاء احدهم يبقى نصف الحق * وان شهد رجل وامرأتان فرجعت
امراة ضمننت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع بقاء من بقي * وان رجعتا ضمنا نصف الحق لان
بشهادة الرجل بقي نصف الحق * وان شهد رجل وعشرين سنة ثم رجع ثمان فلا ضمان
عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق * وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق
لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل
والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وقال
على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا
لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولا يبي حنيفة رح ان كل امرأتين فامتا مقام رجل
واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد
فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا * فان رجع النسوة العشرة دون الرجل
كان عليهن نصف الحق على القوانين **ما قلنا** * ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان
عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم *
قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بتمتار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما
وكذلك اذا شهد ابا قل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الانلاف

من بقي لارجوع من رجع لانه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على الراجع
مع بقاء الحق عند وجود مبقية وهو الشاهدان بان شهد ثلاثة ورجع واحد *

قوله والمتلف متى استحق سقط الضمان فالولي ان يمتنع كمن غصب مال انسان واتلفه
ثم استحق رجل ذلك المال بالبيعة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف اذا لم يضمن المستحق
شيئا وان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقي على شهادة من بقي به نصف
المال ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول (لا)

لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانه لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض * وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاهما من غير عوض **قال** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمن لانها ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا التقصان لانهما اتلفاهما الجزء بلا عوض لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقد ابقاء بعض النصاب فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع لان رجوع الاول لم يظهر اثره بمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما *

قوله لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما ظاهرا لخطره حتى يكون مصنوعا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملكه المرء مجانا لا يعظم خطره وذلك محتمل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي ر ح يضمنان لها ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر مثلها واصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا شيئا عندنا وعند الشافعي ر ح يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل امرأة رجل لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي ر ح يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي ر ح للزوج مهر المثل عليها لان البضع متقوم بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوم عند خروجه من ملكه ايضا لانه انما يخرج من ملكه حين ما يدخل في ملكه فمن ضرورة التقوم في احدي الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم ايضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذ رجعوا **قوله** وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار (مهر)

{ كتاب الرجوع عن الشهادات }

ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا وفيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم ضد سقوط الخيار اليه فيضاف التلقى اليهم * وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بهائم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكداهما فاعلى شرف السقوط الا ترى انه لو طاعت ابن الزوج لو اردت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى النسخ فيوجب سقوط جميع المهر

مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك فان قيل منافع البضع كيف يصلح عوضا عن المهر وان المرأة ليست بمال ومنافع البضع ايضا ليست بعين مال بدليل انه ثبت الحيوان دينيا في الذمة بدلا عنها فلنا منافع البضع حالة الدخول في الملك اعطيها حكم المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب ان يزوجه ابنة الصغیر امرأة بغير مثلها من مال الصغیر والوالد لا يملك ازالة ملك الصغیر الا بعوض بعد له الا ترى انه لو خالعت ابنته الصغيرة بماله لم يجز *

قوله ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا وفيه خيار البائع فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فيبغى ان لا يضمنا شيئا فلنا زوال الملك وان تأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به واهذا يستحق المشتري المبيع بزوائد فكان الاتلاف حاصلًا بشهادتهما والبائع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع فيظهر كذبه عند الناس والعامل يتحامي عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من النسخ في دفع الضمان عن الشاهدين **قوله** ولان الشرقة قبل الدخول في معنى النسخ وانما قال في معنى النسخ ولم يقل هو فسخ لان النكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو البضع الى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضع اذا تم النسخ يجعل كان العقد لم يجربين المتعاقدين لعود ما كان لهما الى ملكهما كما فعل في هذا التقدير كان وجوب نصف المهر (على)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

كلمة في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما **قال** وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالاً العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما * وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقص منهم وقال الشافعي رح يقص منهم لوجود القتل منهم تسبياً

على الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كان لم يكن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين فعند الرجوع يضمنان للزوج ما اتلفا عليه من وجوب نصف المهر * **قوله** كما مر في النكاح اي في باب المهر **قوله** وان شهدا على انه اعتق عبده وقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما اتلفا عليه ملكا هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانوا ومعسرين لان هذا ضمان اتلاف الملك وانه لا يختلف باليسار والاعسار ولا يمنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس ببال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتلفا عليه من ملك المال فان قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبا شرعا لان القاضي لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين في الكتابة حالاً بين المولى وبين مال العبد بشهادتهما عليه فكان بمنزلة الغاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانهما ما حالاً بين المولى ومدبرة لكن انتقص بالتدبير مالاً العبد فيضمنان النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد اداء جميع الالف للمولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة واذا أدى عتق والولاء للذي كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاذا واه اليهما كاداه الى المولى وان عجز ورد في الرق كان (ملولة)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

فأشبه المكرة بل أولى لان الولي يعان والمكرة يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا نسبنا لان السبب ما يفضي اليه غالباً وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكرة لانه يوتر حيوته ظاهراً ولان الفعل الاختباري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئد للقصاص

لمولاة لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين اذ المكاتب ليس بمحل القتل من ملك الى ملك فوجودهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما اخذ من الشهود عليهم لان الحملولة قد زالت بعجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعدما سبق ثم رجع فيكون مردوداً على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه *

قوله فأشبه المكرة وبيان الشبهة ان المكرة مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكرة يقتل فصافاً كذلك الشهود **قوله** بل أولى وبيان الاولوية ان الشهادة في السببية والانضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي يعان على استيفاء القصاص والمكرة يمنع عنه شرعاً وعادة نعتي يمنع المكرة من المباشرة فلا يفضي الى القتل غالباً فاذا قتل المكرة وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو في التسبب فوق المكرة أولى **قوله** لان العفو مندوب قال عز سبحانه فمن تصدق به فهو كفارة له عقيب قوله والجروح قصاص وقال وان تغفوا اقرب للتقوى وعن النبي عليه السلام من كظم غيظاً وهو يقدر على انفاذه ملأ الله قلبه امناً وروى نعيم بن حازم في يوم القيمة ابن الذين كان اجورهم على الله فلا يقوم الا من عفا **قوله** ولان الفعل الاختباري مما يقطع النسبة اي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل متصوراً على الولي فلم يكن الشاهد قتلان تخلص فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كمن حل قيد عبد انسان فابق العبد لاضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكرة فان له اختياراً فاسداً وللمكرة اختياراً صحيحاً والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم نصار المكرة بمنزلة الآلة للمكرة فلذلك انتقل فعل المكرة الى المكرة *

(قوله)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

بخلاف المال لانه ثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولورجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا ولورجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمن وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع *

قوله بخلاف المال اي الدية **قوله** لانهم انكروا السبب اي سبب اتلاف مال المدعى عليه وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم انكروا التحويل ولا بد منه **قوله** لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا اي ابو حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اشارة الى قولهما ان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهو شهادة الفروع بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكرنا اي محمد رح من قوله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول **قوله** والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول فلا يجمع (بينهم)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

قال وان رجع المكون من التركبة ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة راجح قال لا يضمنون لانهم اتوا على الشهود خبرا فصارا كشهود الاحصان وله ان التركبة اعمال للشهادة اذا القاضي لا يعمل بها الا بالتركبة فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتى السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط

بينهم في التضمين اي لا يقال ان كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمفرد والشهود عليه الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب فان للمغضوب منه ان يضمن ايها شاء *

قوله وان رجع المكون عن التركبة ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة راجح وقال لا يضمنون لانهم اتوا على الشهود فصارا كشهود الاحصان وله ان التركبة اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتركبة فصارت في معنى علة العلة كالرمي فانه سبب لمضي السهم في الهواء واسبب الوصول الى الرمي واسبب الجرح واسبب ترادف الآلام واسبب الموت ثم الموت اضيف الى الرمي الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه احكام القتل من القصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا مائس بموجب موجبا واما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التركبة فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما وهذا يشترط المذكورة في المزكين كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى العلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى ان يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف علمه على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم احصن لا يرجم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معر فالحكم الزنا ثبت انه علامة لالشرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذ الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال

قوله واذا شهد شاهدان باليمين يعني شهد انه قال لعبدته ان دخلت الدار (فانت)

(كتاب الوكالة)

ولو رجع شهود الشرط وحدثهم المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين العناق والطلاق قبل الدخول
* كتاب الوكالة *

فانت حرا وقال لامرأته وهي غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق *
قوله ولو رجع شهود الشرط وحدثهم المشائخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط
اذا سلم من معارضة العلة سلم علة لان العلة لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها
الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات والى هذا
مال شمس الاثمة السرخسي والى الاول فخر الاسلام البزدوي ولو شهدا بالتفويض
وآخرا بانها طلقت او اعتقت فالتفويض كالشرط *
* كتاب الوكالة *

الوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فكانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه
الامري مفوض اليه والوكالة بالكسر مصدر الوكيل والفتح لغة ومنه وكله بالبيع فتوكل
به اي قبل الوكالة وقولهم الوكيل الحافظ والوكالة الحفظ فذاك مسبب عن الاعتماد
والتفويض كذا في المغرب والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف الي الغير
وسمي الوكيل بدلان الموكل وكل اليه القيام بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه وقيل
التوكيل في الشرع عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم حتى ان
التصرف اذا لم يكن معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة
بالكتاب قال الله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينه اخبر الله تعالى عن اهل
الكهف انهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الامم الماضية بلا انكار
يكون شريعة لنا ما لم يظهر ناسخه والسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم بن حزام
بشراء ارضيته واجماع الامة والمعقول فقد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه
الى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلته هدايته وكثرة اشغاله وكثرة ماله فيحتاج (الى)

(كتاب الوكالة)

قال كل عقد جازان يعقده الانسان بنفسه جازان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الي ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي ءم

الي تفويض التصرف الي الغير بطريق الوكالة فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلو كانت صحة الوكالة بسبب هذه المعاني لانتحصرت فيها قلنا حكمته التحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسنن مع المشقة وهذا من قبيل ذلك *

قوله كل عقد جازان يعقده الانسان بنفسه جازان يوكل به غيره ولا ترد على هذا صحة توكيل المسلم الذمي بشيء الخمر وبيعه لان ذلك عكس وليس بطرد ولا يرد نقض الاندالم بقول كل عقد لم يجز له ان يعقده بنفسه ولا يجوز ان يوكل به غيره فان قيل يرد في طرده نقض وهو ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعه قلنا الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعه ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعه يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم بهنالمعنى في المسلم وهوانه ما مور بالايجاب عنها في جواز التوكيل ببيعه اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحل لا يكون هي مانعة لعبارة التصرف بالنظر الكل حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطئها لا يرد عليه الجائضة والمحرمات لانا نقول هناك جائز ايضا الا ان المنع من الوطئ جاء من قبل المرأة لمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المنع ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح فان قيل بشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وانما يصح ذلك فيما ينغذ فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض و الامر بالتصرف في ملك الغير باطل ولا نقول بان التوكيل بالشراء صحيح من حيث انه امر بملك المشتري لان المشتري ملك الغير وانما يصح لانه امر بالجواب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه (في)

(كتاب الوكالة)

وكل بالشراء حكيم بن حزام والتزويج عمر بن سلمة رضي الله عنه **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة ان ليس كل احد يهتدي الى وجه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضي * وكذا بايائها واستيفائها الا في الحدود والتقصا فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تدري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للنسب الشرعي

في الاستقراض لان البذل في باب القرض انما يجب دينًا في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر او لا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير ولهذا الواخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فنجيئتم الملك للمرسل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه لان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو ملكه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العقد يرجع اليه فلا يمكن تصحيح هذا العقد باعتبار العبارة لان الوكيل غير ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه في ملك غيره فلهذا لم يقع للموكل فيثبت بهذا ان قوله جاز ان يوكل به غيره اراد به فيما يملكه فلا يرد عليه الاستقراض نقضاً *

قوله وكل بالشراء حكيم بن حزام اي بشراء الاضحية **قوله** والتزويج عمر بن ام سلمة وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي عليه السلام **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها وفي الصحاح وسائر الناس جميعهم وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا وانما كان يختار عقيلًا لانه كان ذكيا حاضر الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقرة لكبر سنه واولا انه انتقص ذنه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابا ذكيا وكذا بايائها اي باداتها واستيفائها اي قبضها الا في الحدود كحد القذف والسرقة والتقصا فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل (من)

(كتاب الوكالة)

بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لان تغاير هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اضلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والتقصا ص باقامة الشهود ايضا ومحمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام التوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره نصا ركانه متكلم بنفسه لان التوكيل ان بدو شبهة النيابة يتحوز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولا يبي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والتقصا ص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر

عن المجلس لانها تدري بالشهادات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولهذا لا يستوفي بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجل وقال الشافعي رح يستوفي التقصا ص حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولما انه عقوبة والعقوبة تستطاب بالشبهة وشبهه العتوة ثبت في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بنفسه والتوكيل لا يشعربه بل هو الظاهر لان العذر مندوب اليد قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له * **قوله** بخلاف غيبة الشاهد اي يستوفي الحدود والتقصا ص عند غيبة الشاهد لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل خصوصا في حق العدو ولان خلاف حال الحضرة اي حضرة الموكل اي يجوز للتوكيل ان يستوفي التقصا ص حال حضرة الموكل لان تغاير هذه الشبهة وهي شبهة العفو **قوله** وليس كل احد يحسن الاستيفاء هذا جواب لان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان في التوكيل شبهة البدلية واستيفاء القصاص مما لا يجري فيه الابدال فاجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا **قوله** وهذا الذي (ذكرناه)

لان الشبهة لاتمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة
 عدم الامر به * وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم
 الا ان يكون الموكل مريضاً او غائباً مسيرة ثلاثة ايام فصاعداً او قال لا يجوز التوكيل
 بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

ذكرنا قول ابى حنيفة رح اشارة الى قوله ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها
 وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة في حد الغذف والسرقة والقصاص ثم قال الا في الحدود والقصاص
 فان الوكالة لا يصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومة داخل في صدر
 الكلام وهذا قول ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة
 الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابى حنيفة رح وهو الاظهر وقيل مع ابى يوسف رح وقيل هذا
 الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره *

قوله لان الشبهة لاتمنع الدفع لان دفع الحدود والقصاص ثبت مع الشبهات حتى يثبت
 الغفوس القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل
 اذا اقر في مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفي القياس
 يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل الا ترى ان في سائر الحقوق جعل اقراره كاتفاق
 الموكل فكذلك في القصاص وفي الاستحسان نقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص
 لا يستوفى بحجة قائم مقام غيرها توصيحه ان حملنا التوكيل على الجواب لان جواب الخصم
 من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالقرار ضد الخصومة والمجاز
 وان اعتبر لقيام الدليل بالحقيقة تبقى شبهة فتعتبر فيما يندري بالشبهات دون ما ثبت
 مع الشبهات **قوله** مريضاً المراد نفس المريض وقيل ان تكلف الحضور بالركوب على
 الدابة وغيرها يزداد مرضه **قوله** لا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم هل ترتد
 الوكالة برد الخصم ام لا عندة ترتد ولا يلزم للخصم الحضور والجواب بخصومة (الو)

(كتاب الوكالة)

لَهُمَا ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو تلبسوا به يتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كانتا احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هناك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عاداتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رحمه الله تعالى يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقتها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنته المتأخرون **قال** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكاً لملكه من غيره * ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد

الوكيل وعندهما لا ترد برده ويلزم الحضور والجواب بخصومته والمتأخرون اختلفوا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اداء الوكيل لا يملكه من صنيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه الا برضاء صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله *

قوله لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه وهذا لانه وكله بالجواب او بالخصومه وكلاهما حق الموكل فيصح بلا رضا الخصم كالتوكيل بالتقبض والايفاء والتقاضي **قوله** ولو كانت المرأة مخدرة وهي التي لم تخالط الرجال بكر كانت او ثيبا قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل وفي فتاوى قاضي خان وعامة المشائخ اخذوا بما ذكر ابو بكر الرازي وعليه الفتوى **قوله** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وقبل هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمه الله واما علي بن ابي حمزة فلهذا قال بالشرط (ان)

(كتاب الوكالة)

ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبي لا يعقل او مجنوناً كان التوكيل باطلاً * وان اوكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة * وان وُكل صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء او عبداً محجوراً جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انديغذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه الا ان لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لتصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رجح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع

ان يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقبل المراد به ان يكون مالكا لاصل التصرف وان امتنع بعارض النهي وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع بعارض النهي وبازمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فان كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العتد اي يعرف ان الشراء جالب للبيع سالب للثمن والبيع على عكسه *

قوله ويقصده اي يتصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم وهذا لانديقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة تكون بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى وكل محدث يكون موجوداً بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالعقل والتميز **قوله** ولا يتعلق بهما الحقوق كالتأضي وامينه ثم الصبي اذا بلغ لا يلزمه تلك العهدة والعبد اذا اعتق يلزمه تلك العهدة لان المانع في حق العبد حق المولى وقد زال وفي حق الصبي حقه وحقه لا يزول بالبلوغ **قوله** والعبد من اهل التصرف على نفسه ولهذا الوافر بالمال لزمه بعد الحرية وصح اقراره بالتصاص والحدود * (قوله)

ثم علم انه صبي او مجنون له خيار النسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعقد فان اظهر خلافه يتخير كما اذا اشترى على عيب *

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فتحقونه تتعلق بالوكيل دون الموكل ونال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا اتوا به وصار كالرسول والوكيل في النسخ ولما ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا احكم لان يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سببا عنه لما استغني عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتعلق به ولهذا **قال** في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن وبطالب بالثمن اذا اترى ويقبض المبيع

قوله ثم علم انه صبي او مجنون قبل المراء بالجنون الذي يعقل البيع والشراء حتى يصح الالابته ويكون بدونه الصبي المحجور وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور ومقام قوله مجنون وفي الكافي للعلامة النسفي رح وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور جاز له النسخ فان اظهر ان قوله مجنون تصحيف والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد **قوله** كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي لا يحتاج فيه الى الاضافة الى الموكل كالبيع والاجارة **قوله** وصار كالرسول وهو ان يقول رجل لاخر كن رسولا عني في بيع عبيدي **قوله** ولما ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا اي صحة عبارته لكونه كيلا بل لكونه آدميا عاقلان ثبت ان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة الا انه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير الا برضا المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل لالانبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فجعلناه تابنا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق وفي الايضاح ان للوكيل ان يوكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شاء وان وكل الموكل (لم)

(كتاب الوكالة)

ويخاصم في العيب ويخاصم فيد لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبار التوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويختطب هو الصحيح قال رضي وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصالح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض لا تترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصلاً كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب

لم يجز لان الوكيل اصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير * **قوله** يخاصم في العيب ويخاصم بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني **قوله** والملك يثبت للموكل خلافة اي ابتداء بدلا عنه لان يثبت الموكل ثم ينقل الى الموكل ذكره جوابا عن قوله والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذلك اتوا بعه **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فان عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء ولا ثم ينتقل الى الموكل والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عند اعتبار التوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره وهو ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه **قوله** وكل عقد يضيفه الى موكله اي لا يستغني فيه عن الاضافة الى الموكل ولو اضاف الى نفسه كان له كالتكاح **قوله** لان الوكيل فيها سفير ومعبّر السفير هو الذي يحكي قول الغير ومن حكي حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير كما اذا حكي قذف الغير لا يكون قاذفا **قوله** نصار كالرسول اي فصار الوكيل في النكاح وامثاله كالرسول في باب البيع **قوله** وهذا لان الحكم فيها اي هذه العقود وهي النكاح وامثاله لا تقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها اخبار الشرط لان الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحتل تراخي الحكم *

(قوله)

(كتاب الوكالة)

لأنه استأطية لا شيء فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً والضرب الثاني من أخواته العنق على مال والكتابة والصالح على الإنكار فاما الصالح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول والتوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقرض سفيراً أيضاً لأن الحكم فيها يثبت بالتبض وأنه يتلاني محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتبس وكذا الشركة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت للملك للموكل بخلاف الرسالة فيه *

قوله لأنه استأطية لأن السبب إسقاطاً ما غير الكساح نظاهر وكذا النكاح لأنها تستقط ما تكتسبها بعقد النكاح ولأن الأصل في الإضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل وإنما ثبت للملك له عليه ضرورة التمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق النسخ والتسليم من الغير نفيها ورا ذلك فهو استأطية على الأصل إذ الحرمة تما في الملك والساتط يتلاني ولا يتصور أن يكون السبب صادراً من شخص على سبيل الأصل والحرمة لغيره لأنه لا يجوز أن يستقط في حق الوكيل ثم يستقط ثانياً في حق الموكل بالانتقال لأن الساتط لا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد فجعله لسفيراً بخلاف البيع فإن حكمه يقبل انفصال عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصلاً ويتبع الحكم لغيره **قوله** فلا يجعل أصيلاً أي فلا يجعل الوكيل أصيلاً لأنه اجنبي عن المحل الذي يلائمه القبض فكان سفيراً ومعبراً عن المالك بخلاف البيع لأنه يتعلق بالعبارة وهي للموكل **قوله** وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتبس كما لو وكله بالاستعارة والارتهاق أو الاستيهاق فالحكم والحقوق كلها يتعلق بالموكل **قوله** وكذا الشركة والمضاربة أي الوكيل في الشركة والمضاربة سفيراً يضيف العتد إلى الموكل لا إلى نفسه **قوله** إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل لأن المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته وودل بع شيئاً من مالك على أن يكون ثمنه لي لا يصح فكذا إذا قال ألتزم العشرة في ذمتك على أن عوضه لي فكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل (با)

قال وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه أياً لأنه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد * فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانياً لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضاً دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند ايحيفته ومحمد رحمه الله لما انه يملك البراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في التفصيلين *

بالتكدي فكان باطلاً وما استقرض الوكيل له ان يمنعه من الأمر ولو هلك هلك من ماله *
قوله يقع المقاصة بدين الموكل ايضاً دون دين الوكيل وانما كان هذا لان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالبراء بغير عوض ولو ابراء المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معاً فالمشتري يبرأ ببرأة الأمر ولا يبرأ ببرأة المأ مور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل احتجنا الى قصاص آخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصاً بدين الموكل لا يحتاج الى قصاص آخر فجعلناه قصاصاً بدين الموكل نصراً للمسافة ولانا اذا جعلناه قصاصاً بدين الموكل فقد اثبتنا حكماً مجمعاً عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل فقد اثبتنا حكماً مختلفاً فيه فكان ما قلناه أولى كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زادة
قوله لما انه يملك البراء عنه عندهما لان البراء اسقاط للحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك **قوله** ولكنه يضمنه للموكل في التفصيلين اي في فصلي المقاصة والبراء ولا يجوز للوكيل البراء عن الثمن في قول ابي يوسف رح لانه تصرف في ملك الغير اذا الثمن ملك الموكل (باب)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

* باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء *

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير النعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتار * الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رائه فأي شيء يشتريه يكون مستملا والاصل فيه ان الجهالة البسيطة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان معنى التوكيل على التسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض المحرر وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا وما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتأخذ الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير انواع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبدا وجارية لا يصح لانه يشتمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحشي والهندي والسندي

* باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء *

قوله فلا بد من تسمية جنسه كالجارية والعبد وصفته أي نوعه كالتركي والحشي والاصل ان الجهالة ثلثة انواع فاحشده هي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والداية والرقيق وهي يمنع صحة الوكالة وان بين الثمن وبسيطة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والغرس والثوب الهروي والمروني فانها لا يمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر من غياث لا يصح الوكالة لان الوكالة بالبيع والشراء معتبرة بنفس البيع والشراء فلا يصح ومتوسطه هي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبدا وبشراء امه اودار فان بين الثمن والنوع يصح ويلحق بجهالة النوع وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال **قوله** ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا كالداية والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدرا والرقيق **قوله** مثاله اذا وكله بشراء عبدا وجارية أي مثال ما يجمع انواعا (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم بين صفة الجودة
والبداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومرادة من الصفة المذكورة في الكتاب النوع
وشي الجامع الصغير ومن قال لا خراشترلي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة
الناحشة فان الدابة في حقيقته اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق
على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس
من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل ماهو في معنى الاجناس لانها
تختلف اختلافات فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرفاق والمحال والبلدان فيتعد الامثال *

قال وان سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا
سمي نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه **قال** ومن دفع الى اخرد را هم وقال
اشترلي بها طعما فهو على الخطئة ورفيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل
مطعم اعتبار الحقيقة كما في البين على الاكل اذا اطعم اسم لما يطعم

قوله والمولد في المغرب المؤدة التي ولدت في بلاد الاسلام **قوله** وكذا اذا بين الثمن بما
ذكرناه اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وقال بعض المشائخ ان كان
يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح بيان الثمن ما لم بين النوع كذا في الذخيرة

قوله وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا اي يصح التوكيل بشراء الحمار وان
لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة في الوصف فيصح والوكالة
بدون تسمية الثمن فان قيل لا كذلك فان الحمر انواع منها ما يصلح لركوب العظماء
ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه فلنا هذا الاختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة
حال الموكل حتى قالوا ان القاضي اذا امر انسانا ان يشتري له حمارا يتصرف الى
ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه وقد صح ان النبي
عليه السلام وكل حكم بن حزام بشراء شاة للاضحية **(قوله)**

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وجده الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق **قال** واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطاع على عيب فله ان يرد به بالعيب مادام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرد به الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفع وغيره قبل التسليم الى الموكل لابعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر و مراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز *

قوله وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وهو على ما ذكرناه اي على الحنطة ودقيقها قبل هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام فاما في غير اهل الكوفة فيصرف الى شراء كل معطوم وبعض مشائخ ما وراء النهر قالوا الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادم كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فيصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال الصدر الشهيد رة وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة الا ان يكون ثمة وليمة فعلى الخبز وان كثرت وان قلت فعلى الخبز والثلة مثل درهم الى ثلاثة والوسطة مثل اربعة الى خمسة او سبعة *

قوله و مراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم اي يصح التوكيل من رب السلم ولا يصح من المسلم اليه فقال سلم في كذا اي اشترى بالسلم وانما لم يصح توكيل المسلم اليه لانه لو صح التوكيل يجب ان يكون بيع الوكيل طعاما في ذمته نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو المسلم اليه وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الايمان على ان الثمن لغيره لا يجوز وك في الديون

(قوله)

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لو جود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقده والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح * **قال** واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

قوله فان فارق الوكيل صاحبه اي في الصرف والسلم قبل ان يقبض المسلم اليه رأس المال **قوله** فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق اي يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون او لم يتعلق الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه وهذا دفع سوال وهوان الصبي المحجور والعبد المحجور اذا توكلوا من آخر يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما فكيف يتعلق ههنا بالصبي المحجور والعبد المحجور حتى بطل الصرف والسلم بمفارقة قبض البذل دون مفارقة موكلهما فاجاب ان قبض الصبي المحجور والعبد المحجور صحيح وان كان لا يلزمهما فدار ههنا شرط جواز بيع الصرف والسلم الذي هو القبض بالصحة لا باللزوم وفي باب الوكالة في الصرف والسلم من المبسوط وفي حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا يضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك اذا كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا يتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو بمنزلة (وكيل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس فلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبس ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلكت كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان المبيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رح

وكيل يتعاق به حقوق العقد فلو اختلف الرسولين اي في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت في العقد لافي القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقبة **قوله** وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا اي سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في المبسوط وفي الذخيرة ولم يذكر قول محمد رح في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم يتقدم الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل حتى يستوفي الثمن منه حكى عن الشيخ شمس الائمة الحلواني ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع تقدم الدراهم ليس لاجل ما تقدم بل لاجل بيع حكسي انعقد بين الوكيل وبين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين ما تقدم الوكيل او لم تقدم **قوله** فلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه يعني القبض للوكيل على وجه يصير الموكل به قابضا مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فكان في حكم عدم فلم يكن دايلا سقوط حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق عنه الرضا في ما لا طريق له الى التحرز عنه وانما جعل يد الوكيل يد الموكل حكما في حكم هلاك المبيع حتى هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لافي حق عدم ولاية الحبس له بالثمن **قوله** مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا فيكون في معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبس وتبيحه انه يحبس ليستوفي ما ادنى عنه من الثمن والحبس لاستيفاء حكم الرهن (وهما)

وصمان الغصب عند زفر ربح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حسبه لاستيفاء الثمن فيستط بهلاكه ولا يبي يوسف ربح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينسخ بهلاكه وههنا لا ينسخ اصل العقد فلما ينسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به *

قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عندا يحنيفة ربح ولا يلزمه العشرون بدرهم

وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري بدليل جريان التحالف والدليل على ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا الحبس ثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة انه يثبت ذلك بحكم البيع *

قوله ضمان الغصب عند زفر ربح لانه منع بغير حق وصورة ظهور هذه الاختلافات اذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الغصب ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول بضمان الرهن او المبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ويستط الثمن كله ولا يجب شيء عند من يقول بضمان المبيع او الرهن قوله كما اذا رده الموكل بعيب اي الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه بصير للوكيل ولا ينسخ بين البائع والوكيل **قوله** لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عندا يحنيفة ربح فان قيل ينبغي ان لا يلزم الامر عشرة بنصف درهم عنده لان هذه العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصدا وهو قد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة نطلقها ثلاثا لا تقع واحدة ثبوتها في ضمن الثلث والمضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعاله فلما ذك مسلم في الطلاق لان المضمن لم يثبت اصلا لان الموكل اعدم التوكيل به ولا من الوكيل اعدم شرطه لان (المرأة)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وذكر في بعض النسخ قول محمد ر ح مع قول ابي حنيفة ر ح ومحمد ر ح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف ر ح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعرة عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة ر ح انه امره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنقد شراءها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين وطلب درهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر *

المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفذ الا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلم يثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم وهو مخالف الى خير فلا تكون مخالفة فينفذ على الموكل *

قوله وذكر في بعض النسخ اي بعض نسخ القندوري ومحمد ر ح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء لزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأ مور لانه امر بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمي له فكان مشتريا للامر **قوله** فينفذ شراءها عليه اي شراء الزيادة على الوكيل وشراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويا بين بعشرة كل واحد منهما يساوي بعشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الامر عند ابي حنيفة ر ح لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تغاوت اذا بين عشرة للامر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة (بين)

قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغريب الأمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحض من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه ولم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او كل وكلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب ثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الأمر فنفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضرة رايه فلم يكن مخالفا **قال** وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او اشتريه بمال الموكل قال رضى هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامكان لآمره هو المراد عندي بقوله او اشتريه بمال الموكل

بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما والى هذا اشار في التتمة في التعليق حيث قال لاني لا اوري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا يعرف الا بالخزر والظن *

قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهد واني قد اشتريت لنفسى الا اذا خالف في الثمن لاني خير او خالف الى جنس آخر غير الذي سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشترى لنفسه كذا في التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الأمر وقع الشراء للموكل نوى ولم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا واشهد انه اشترى لنفسه فانه يكون مشترىا لنفسه لانه عزل نفسه حال حضرة الموكل ولا كحال غيبة الموكل **قوله** فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون **قوله** لان حضرة رايه فلم يكن مخالفا وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط (لوقوع)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافة الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لخاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذا اشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستكر شرعا وعرفا وان اضافة الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو لا امر وان نواها لنفسه فلتفسد لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رَح هو للعقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رَح يحكم النقد به لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا من اي المالكين نقد نقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان ما تصاد فهم به يحتمل النية للامر

لوقوع الطلاق فلا يتبع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الاثبات فلا يكون قابلا للتعليل والمعنى في المسئلة انه ممكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفات في ضمن الموافقة * **قوله** دون النقد من ماله اي المراد بقوله او نشتره به مال الموكل ان يضيف العقد الى دراهم الموكل لان يتقدم مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه لان فيه تفصيلا بعد ان يشتره بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا في ما اذا تصاد على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يشتره للموكل او للوكيل فعلى قول محمد رَح العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رَح يحكم النقد على ما يجي **قوله** وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق اي قوله او نشتره به مال الموكل مطلق اي مذكور من غير خلاف فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو ان يضيف العقد الى مال الموكل **قوله** حملا لخاله على ما يحل له شرعا وبذلك عادة هذا تمسك بدلالة العرف والشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد الى دراهم امرأة واطافة العقد الى دراهم نفسه فالتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للمسئلتين اذا العرف مستمر بان مضيف العقد الى دراهم نفسه مشتر لنفسه والمضيف الى دراهم امرأة مشتر لآمرة (فاما)

وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام
 في الطعام على هذه الوجوه **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت
 ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر فان كان دفع
 اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه

فاما التمسك بدلالة الشرع انما يرجع الى المسئلة الاولى خاصة ان الشراء لنفسه باضافة
 العقد الى مال غيره حرام ولكن الشراء لغيره باضافتها للعقد الى مال نفسه ليس بحرام *
قوله وفي ما قلناه حمل حاله على الصلاح لانه لو قلنا بان العقد يقع له فان نقد من مال
 الآمر يكون غاصبا فقلنا يقع للموكل اذا نقد من ماله حملا لحاله على الصلاح **قوله** والتوكيل
 بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه اي وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع انه توكيل
 بالشراء وقد بين حكمه لان بعض مشائخنا رحمهم الله قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا
 انه لم يحضره النية فالعقد للموكل اجماعا ولا يحكم العقد واما الخلاف بين ابي يوسف
 ومحمد رح في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء ومسئلة السلم
 على قول ابي يوسف رح وان فرق ان للنقد اثر في تنفيذ السلم فانه اذا لم يتقد رأس المال
 يبطل السلم فاذا جهل من نفذ عليه وجب استينافه ذلك بالنقد وليس للنقد اثر في تنفيذ
 الشراء حتى يستبان من نفذ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد واقعا للعائد عملا بتضيية الاصل
 كذا في الذخيرة و فرق ابو يوسف رح بين هذا وبين المامور بالحج عن الغير ان اطلق
 النية عند الاحرام فانه يكون عاقد لنفسه لان الحج عبادة والعبادة لا يتعدى الابالنية فكان
 مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو المشرط اما
 في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الامر مخالفا فيبقى حكم عقده
 موقوفا على النقد كذا في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من بيعه **قوله** اخبر عما لا يملك
 استينافه لان العبد ميبى والكلام فيه والعبد الميبى ليس بمحل لعقد الشراء (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء..... فصل في الشراء)

وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اخلفنا ان كان الثمن منقول فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقول فكذاك عندا بيوسف ومحمد ر ح لانه يملك استيفاء الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعندا ببحينة ر ح القول للأمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فلان رأى الصنفه خاسرة الزمها الأمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقول لانه أمين فيد فيقبل قوله تبعك لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اخلفنا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقول او غير منقول وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استيفاءه ولا تهمة فيدلان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين

قوله وهو الرجوع بالثمن أي سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الأمر لا العقد لاجل الأمر فترك الوساطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكر المسبب وارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الأمر مختص بالشراء لاجل الأمر وفي بعض النسخ لا يملك استيفاءه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الأمر وهذا ظاهر **قوله** لانه يملك استيفاء الشراء لان العبد حي والحي محل للشراء فيملك ان يشتريه في الحال لاجل الأمر فان قيل الشراء لا يتوقف بخلاف البيع لما وقع شراؤه أولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استيفاء الشراء دائر مع التصور فيتصور ان يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه ثم يشتريه لاجل الأمر **قوله** تبعك لذلك أي تبعك لقبول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الأمانة لانا انما صددنا باعتبار الثمن لانه يدعى الخروج عن عهدة الأمانة ومن ضرورة ذلك قبول قوله في ان الشراء كان للأمر وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر الى وصفه فلا ينظر هنا الى كون الوكيل منهما او غير منهما **قوله** ولا ثمن في يده ههنا أي في ما اذا لم يكن الثمن منقول **قوله** لانه اخبر عما يملك استيفاءه ولا تهمة فيه فان قيل (الولي)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

علمي ما ذكرناه لا بحنفية رح* ومن قال لا خبر يعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم امره لم يكن ذلك له لان الاقرار ارتد بردة*

الولي اذا اقرب تزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رح مع انه يملك استيناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استينافه على قول ابي حنيفة رح لا يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان ذلك عبارة عن انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقرار تزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرع لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين *

قوله علمي ما ذكرناه لا بي حنفية رح اشارة الى قوله لانه موضع تهمة وهذه المسئلة على وجهين اما ان وكله بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما اذا كان الثمن منقودا او لم يكن وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قائما او هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول للوكيل في جميع الوجوه لانه يدعي خروج نفسه عن عهده الا مانه **قوله** يعني هذا العبد لفلان معناه انا وكيل فلان بشراء هذا العبد فبعته حتى اشتره لاجله **قوله** فان فلانا يأخذه اي له ولاية الاخذ **قوله** لان قوله السابق وهو قوله يعني هذا العبد لفلان اقرار بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة ولو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لا يملك قلنا اللام للتمليك وانما حمل على الاسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسؤال الاسقاط ولا كذلك ههنا (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

قال الآن يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى
بغيره بغير امره حتى ان لم يتم تسليمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع
يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقدا لثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي
وهو المعتبر في الباب **قال** ومن امر رجلا بان يشتري له عبيدين با عيانهما ولم يسم له
ثمنا فاشترى له احدهما جازلان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع
الا في ما لا يتعابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امر
بان يشتريهما بالالف وقيمتها سواء فعند ابي حنيفة ربح ان اشترى احدهما بخمسائة
او اقل جاز فان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتها سواء فيقسم بينهما
نصفين دلالة فكان امرا بشراء كلوا حد منهما بخمسائة ثم الشراء بها موافقة
وباقل منها مخالفة الى خبر وبالزيادة الى شرقت الزيادة او كثرت فلا يجوز

قوله الان يسلمه المشتري له روي بروايتين على صيغة اسم الفاعل ومعناه الان يسلم
العبد الفضولي الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى صيغة اسم المفعول ويكون
مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل ضمير اي الان يسلم الفضولي
العبد الى المشتري له وهو فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن
لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجرت
بعد قوله لم امره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة يلحق الموقوف
دون الجائر وهذا عقد جائز نافذ على المشتري **قوله** وعليه العهدة اي وعلى المشتري
العهدة لانه صار بائعا من فلان بالتعاطي **قوله** وهو المعتبر اي التراضي في الباب
ي في باب البيع قال الله تعالى الان تكون تجارة عن تراض **قوله** لانه توكيل
بالشراء قيد به احتراز عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز عند ابي حنيفة ربح بالغبن
الفاش وامافي التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش * (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصريح به وهو تحصيل العبد بالالف وما ثبت الانقسام الادلة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد ربح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغاب الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثلته الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلناه لكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليتمكن تحصيل غرض الآمر **قال** ومن له على آخر الالف درهم فامر ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولوعين البائع يجوز له ان شاء الله تعالى * **قال** وان امره ان يشتري به عبد اغير عينه فاشتراه فدات في يده قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري وان قبضه الامر نهوله وهذا عند ابي حنيفة ربح وقالاهولازم للامر اذا قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت او عيناً الا ترى انه لو قبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا تبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيدة ولا يحنف ربح انها تعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها

قوله الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم فان قيل الخلاف قد تحقق والشري لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح اقوى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبد بالالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها بصريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها والشري قد يتوقف اذا لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه وشراء الصبي والعبد المحجور والمراد **قوله** ان يسلم ما عليه اي يشتري بعقد السلم او يصرف اي يشتري بما عليه الدراهم والدنانير **قوله** فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء اي التقييد بالدين او بالعين وعدم التقييد سواء **قوله** ولا يحنف ربح انها تعين في الوكالات اي بعد التسليم الى الوكيل وفي الذخيرة قال محمد ربح في الزيادات رجل (قال)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

ثم استهلك العين واسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون آمرًا بصرف ما لا يملكه الا بالقض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصبر وكيل عنه في القبض ثم ينسلكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه لان عقد البيع تعاظم *

قال غيرة اشتراني بهذه الالف اندراهم جارية واره اندراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرت اندراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال الاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعيان في الوكالات قبل التسليم بخلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعيان قبل التسليم فكذا في ما هو وسيلة اليه فاما بعد التسليم هل تتعيان اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا تتعيان حتى تبطل الوكالة بهلاكها لان يد الوكيل يد مائة والدراهم والدنانير تتعيان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعيان وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنان احدهما يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنتقدة فان العرف الظاهر في ما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شرائه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينًا للبائع على الوكيل ودينًا للوكيل على الموكل *

قوله ثم استهلك قيد بالاستهلاك لان الوكالة لا تبطل بالهلاك في يد الموكل وانما تبطل بالهلاك في يد الوكيل **قوله** كما اذا اشترى بدين على غير المشتري اي على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمر بان كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو ولا يجوز **قوله** او يكون آمرًا بصرف ما لا يملكه معطوف على كان هذا تمليك الدين **قوله** الا بالقبض قبله اي قبل القبض والمراد من الصرف (الدفع)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

قال ومن دفع الي آخر الغا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالتقول قول المأمور ومراة اذا كانت تساوي الف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالتقول قول الامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الفاضل من * **قال** وان لم يكن دفع الف فالتقول قول الامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة

الدفع لا بيع المهر ف اي صار امر ابتليك ما لا يملكه لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادعى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ورب الدين لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان امر رب الدين المديون بالدفع الى البائع امر افيما لا يملكه فكان باطلا كما اذا قل اعط ما لي عليك من الدين من شئت والجامع ان كلا منهما تبليك ما هو غير مملوك وفي المبسوط ولا يحنف فخرج ان رب الدين امره بصرف الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع ما لي عليك من الدين الى من شئت او اتقه في التجارة فان قيل يشكك بما لو اجر حما ما باجرة معلومة وامر المستأجر بالمهمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امر ابتليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح فلنا ذاك قولهما واثن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستأجر لا يجد الاجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الاجر في القبض *

قوله فالتقول الامر لانه خالف (لانه ان اشترى بالف فالتقول قول الجارية بغير عينها لا يملك الشراء بغبن فاحش وان اشترىها بخمسمائة فالامر يتناول جارية تشتري بالف فكان مخالفا فيكون مشتريا لنفسه) * (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وان كانت قيمتها المدة فعدناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم التجارية المأمور **قال** ولو امره ان يشتري له هذا العبد وامرهم ان يسموا له ثمناً فاشتره فقال الامر اشترينه بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالتقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو نائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف هو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما او قبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجز بينهما بيع فلا يصدق عليه بقبي التحالف وهذا قول الامام ابي منصور ر ح وهو غير وارد في المباحث بالاصواب

قوله وان كانت قيمتها المدة فعدناه انهما يتحالفان اي فعدني قوله القول قول المأمور انهما يتحالفان **قوله** قيل لا تحالف ههنا هو قول الفقيه ابي جعفر ر ح لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع فيجعل تصديق البائع والوكيل بمنزلة انشاء العقد وقيل يتحالفان وهو قول الامام ابي منصور الماتريدي وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع اي المأمور لانه بائع تقديراً في حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين التحالف لان البائع وهو المأمور ههنا مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري فذكره فعلى المنكر اليمين على كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلان يجب على المشتري المنكر وهو الامر اولى وهو معنى التحالف وذكره فخر الاسلام ر ح في الجامع الصغير لولا ان المراد هو التحالف للزممت التجارية الامر لان الامر اذا حلف صار الشري بخمسمائة والجارية تساوي الف فانها تلزم الامر فثبت بهذا انه اراد بقوله ويلزم التجارية المأمور انهما يتحالفان فاذا تحالفا نقض ملك الامر ولزممت التجارية المأمور **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما هذا جواب من تعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذا هو حاضر * (فصل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

* فصل في التوكيل بشراء نفس العبد *

قال وإذا قال العبد لرجل اشتري نفسي من المولى بالف ودفعتها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فبا على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذا لا يرجع عليه الحقوق فصا ركانه اشترى بنفسه وإذا كان اعتاقا بعقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شري العبد نفسه لان المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والاف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثبنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء

* فصل في التوكيل بشراء نفس العبد *

قوله لان بيع نفس العبد منه اعتاق لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصا ر مجازا عن الاعتاق اذا البيع ازالة ملك بعوض الى آخره مجازا ان يستعار منه وإذا كان اعتاقا بعقب الولاء لان ما يثبت يثبت بضرورته ولو ازمه **قوله** وان لم يبين للمولى اي لم يقل الوكيل اشترى العبد لنفس العبد **قوله** لان اللفظ حقيقة للمعاوضة اي لان قوله اشترى عبدك بالف درهم موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وامكن العمل بالحقيقة اذا لم يبين فيحافظ على المعاوضة **قوله** بخلاف شري العبد نفسه حيث نجعله الاعتاق وجه الورد انه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغي ان يحمل على حقيقة اينما كان ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة في ما اذا اشترى العبد نفسه من مولاة بالبدل بل حمل على الاعتاق ببدل لان المجاز فيه متعين لانه تعذرا اعتبارا بيعا حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد ليس من اهله اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيهما **قوله** وعلى المشتري الف مثله هذا ظاهر في ما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع (1)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

بشأن التوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيان له لأن العتدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة بتوجه نحو العائدات لهما فاحدهما اعتاق معتق للولاء ولا مطالبة على التوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعارضة المحضه فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاة بعني نفسي لفلان بكذا فنعمل فهو لآمر لان العبد يصلح وكيل عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليتة والبيع يرد عليه من حيث انه مال الان ماليتة في يده

الشراء للعبد نفسه حتى اعتق هل يجب على العبد ان يخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفي ما اذا بين التوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ان يخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه *
قوله بخلاف التوكيل بشراء العبد عن غيره اي بخلاف ما لو وكله غير العبد ان يشتريه له فانه يصير مشتريا للآمر سواء اعلم التوكيل البائع انه اشتراذ لغيره او لم يعلمه وهنما ما لم يعلمه انه يشتري للعبد لا يصير مشتريا للعبد لان العتدين منه على نمط واحد في الحالين شراء وفي الحالين المطالبة متوجهة الى التوكيل فلا يحتاج الى البيان وهنا احدهما اعتاق معتق للولاء ولا مطالبة فيه على التوكيل لانه سفير فلا يرجع الحقوق اليه ويرى ارضى السيد باحدهما دون الآخر وفي الجامع الصغير للتمر تاشي والمطالب بالثنى التوكيل وفي رواية العبد وفي باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة العبد يعتق والمال على التوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير واذا وجب المال على التوكيل يرجع التوكيل على العبد ووجه رواية الجامع ان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هنا وعن عيسى بن ابراهيم قال الصحيح ما ذكر في هذا الموضع دون ما ذكر في الجامع لان التوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبرفانه لا يستغني من اضافته العقد الى الامر وليس له من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل **قوله** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاة بعني نفسي لفلان بكذا (افعل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الامر صلح فعله امثالا
فيتم العقد للامر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون
المعاوضة والعبد وان كان وكلا بشراء معين ولكنه انى بجنس تصرف آخر

فنعمل اى قال بعته فهو الامر وانما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت واما اذا وقع الشراء
للعبد يتم العقد بقول المولى بعته مسموفا بقول العبد بعني نفسي بكذا ابتداء على ان الواحد
ينوى فى الاعتراف على مال اذا كان المال مقدرا ولا يتولى طرفى البيع وان كان المال عتدرا *

قوله حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع كالمودع اذا اشترى الوديعه وهي بحضرته
لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن فان قيل وقوع المايه في يد العبد ضروري لا يمكن
الا حترازه للمولى فكان كالتوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وان كان يده
كيد الموكل حكما لان لا يمكنه الا حترازه عند قلنا لا يمكن التحرز للتوكيل من هذا في جنس
الوكالات ولكن للبائع التحرز عنه في حبس الوكالة بان باع عبده بوكيل لا يشتري
نفسه ولان يد التوكيل بد نفسه حسا ويد الموكل شرعا وتقدير الحكم النيابة فامكن ان يجعل
يد التوكيل بد نفسه في حق الحبس ويد موكله في حق الضمان حتى هلك من مال الموكل
اعتبار اللجهتين فاما العبد في قبض ما يتدليس بنائب عن مولاه بل خرج العبد عن يده مولاه
حقيقه وحكما بالبيع وهذا هو الهلك لم يهلك من مال المولى فلم يبق له حق الحبس بهذا
قوله والعبد وان كان وكلا بشراء شيء معين جواب سوال وقد ذكر السؤال والجواب
في الفتاوى اذا ظهر هيريه فان قيل العبد هنا وكيل بشراء شيء بعينه والتوكيل بشراء شيء بعينه
لا يملك الشراء لنفسه خصوصا في فصل الاطلاق اولى ان لا يقع الشراء لنفسه لانه لما
لم يقع الشراء للتوكيل عند التصريح بانه يشتري لنفسه لما مر اولى ان لا يقع لنفسه
عند الاطلاق قلنا هذا اذا لم يتنوع التصرف اما اذا تنوع فلا والموجود من العبد بتقدير
الاضافه الى الموكل شري وتقدر الاطلاق او الاضافه الى نفسه قبول الاعتراف (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا الوال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق
يحمل الوجهين فلا يقع أمثالا بالشك فيبقى التصرف واقع لنفسه *

* فصل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل
شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله وفي مثله ينفذ على الوكيل كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذاك العين او خلع
امرأته على ذاك او استوهبه فوهبه المالك منه او اشتراه باكثر من الثمن الذي عينه
او بخلاف جنس ذلك الثمن **قوله** لان المطلق يحمل الوجهين فان قيل ينبغي ان يقع
الشري للموكل عند الاطلاق لان المنظر الحقيقية في الاصل فلما ترد بين الحقيقة والمجاز
ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفي مانحن فيه لو وقع الشري لموكله
كان الشري معمولاً على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع الشري للوكيل كان الشري
معدولاً بسجازه لان الشري غير موضوع للعاقب بل هو موضوع للمعاوضة فلما عارضت جهة
اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه
نم رجحنا هذه الجهة بحسب مقتضى البائع ظاهر او هو ان لا ينفوت ولاء العبد منه فانه على
تقدير وقوع الشري للموكل ينفوت هذا الغرض او نقول لما وقع التعارض بين الاسلين
رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة سباحة محضه *

* فصل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشري لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته
له عند ابي حنيفة رحمه وفي الذخيرة الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا يقبل شهادته له ان كان
باكثر من القيمة يجوز بخلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالا جماع
فان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذا الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه يبيع من نفسه لان ما في يده العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز ولانه ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار يباع من نفسه من وجه الاجارة والصرف على هذا الخلاف **قال** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة ر ح، ولا يجوز بيعه بنقصان لا يتعابن الناس فيه ولا يجوز الا بالادراهم والدنانير لان مطلق الامر بتقيد المتعارف لان تصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بموانعها والمتعارف البيع بثمن المثل بالنقد

فعن ابي حنيفة ر ح روايتان في رواية الوكالة والبيع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا يقبل شهادته بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة ر ح وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بخلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة ر ح باتفاق الروايات فابو حنيفة ر ح فرق على رواية الوكالة والبيع بين المضارب وبين الوكيل والفرق ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهية وقد يكون نائبا محضيا في بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف فلذا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنايب فلذا لا يجوز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون منهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة *

قوله وقال لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في الذخيرة **قوله** اذا الاملاك متباينة دل عليه انه يحل للابن وطى جاريته ولو لم يكن ملكه متبايناعن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة والمحل وطئها ر ح قال ابو حنيفة ر ح فدر ذلك التباين لالم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك التدر من التباين وجودة كعدمه في مواضع التهمة **قوله** والاجارة والصرف على هذا الخلاف وكذا السلم خصهما

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

ولهذا يبتعد التوكيل بشراى الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراى من وجه فلا يتناول مطابق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجبري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او باليمن متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من الغبن والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة ربح على ما هو المروى عنه وانما بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه يبيع لان ولايتهما نظرية ولا نظرية والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

بالذكر لان شرعية الاجارة على منافذ الدليل لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة فيزداد انتفاء شرعيتها بعد الاجارة مع من لا يتبل شهادته فيجب ان لا يجوز اجارة التوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط (ولا) فان يجب ان لا يجوز اجارة التوكيل مع من لا يقبل شهادته بالاجماع وكذلك السلم فتبين بهذا انها ايضا على الاختلاف *

قوله ولهذا يبتعد التوكيل بشراء الجمد والنحم والاضحية التوكيل بشراء الفحم يبتعد بايام البرد في تلك السنة والتوكيل بشراء الجند بايام الصيف في تلك السنة والتوكيل بشراء الاضحية بايام النحر في تلك السنة او قبلها **قوله** ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثاثل ولا يملكه الاب والوصي وهو وكيل بالبيع المطلق دون الهبة وكذلك المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر **قوله** والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة ربح والمسائل مروية عن ابي يوسف ربح فاما ما رواه ابي حنيفة ربح بغير الاطلاق في جميع ذلك ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مراد اقله يبق غيره مرادا فاما هذا فعام **قوله** وانه يبيع من كل وجه اي البيع بالغبن او بالغبن بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به اي البيع بالغبن او بالغبن **قوله** والمقايضة شراء من كل (وجه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز

بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذ لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا ينبغي على الأمر أنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد *

قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض

ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده يوازه لان التصرف بكثرة وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلته التصرف *

وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما جواب عن قولهما بانه بيع من كل وجه بالنسبة

الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه *

قوله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها هذا في ما

ليس له قيدة معلومة عند اهل البلد فاما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد

الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الأمر قلت الزيادة او كثرت وفي الذخيرة والوكيل

بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رح

وان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شراء من وجه الا ان الشراء

اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شري من

كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشري بالاتفاق ثم الغبن الفاحش متحمل في

بيع المقايضة في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح لانه وكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع

يملك البيع بما عزمه وان عنده وروى الحسن عن ابي حنيفة رح في الوكيل بالبيع اذا باع

بعرض فان كان يساويه جاز ولا فلا وجه هذه الرواية انه في جانب العرض مشتر والوكيل

بالشراء لا يشترى للأمر بالمحابة الفاحشة **قوله** وقيل في العروض ده نيم الخ (جعل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اللفظ مطلق من قبل الانفراق والاجتماع لا ترى أنه لو باع الكل بضمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى وقال لا يجوز لأنه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما * وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى ببقية لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه مقصدا مقصدا فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر لبيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الأمر وهذا بالاتفاق والفرق لا يبي حنيفة رحمه الله أن في الشراء يتحقق النعمة

جعل هذا مما لا يتغابن فيه وفي الجماع الصغير للتمرتا شي قيل: قد ما يتغابن الناس فيه في العروض دة نيم وفي الحيوان دة يازدة وفي العقار دة يازدة جعل هذا بيان الغبن اليسير وفي النهاية وهذا بيان الغبن اليسير ويتحمل هذا المقدار من الغبن في هذه الاجناس على هذا الترتيب *

قوله وإذا وكله ببيع عبده قيد بالعبد لأن بيع النصف في ما وكل ببيع مالم يس في تبعيضه ضرر جائز بالاتفاق وفي الايضاح في باب الوكالة بالبيع ولو باع الوكيل بعض ما امر به فان لم يكن في تبعيضه ضرر جاز في قولهم لأن البيع تناول الجملة فكان متناولا للبعض وليس في التفريق ضرر

قوله لا ترى أنه لو باع الكل بضمن النصف يجوز عنده فإن قيل إنما يجوز بيع الكل بضمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة وما يبيع النصف يتضمن عيب الشركة في العبد فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شر فلا ينفذ بيعه على الموكل قلنا ضرر الشركة أهون وأقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لأن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أولى **قوله** وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف أي بالاتفاق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمه الله في الوكيل بشراء عبدا إذا اشترى نصفه قال أبو يوسف رحمه الله إن اعتقه الأمر جاز وإن اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رحمه الله إن اعتقه (١)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

على ما مر وأخران الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق **قال** ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فردة المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي بينة أو بآباء يمين أو بإقراره فانه يرد على الأمر لأن القاضي يتيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاءه مستندا إلى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة الوكيل جاز وإن اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رح يقول بان العقد موقوف على إجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق إجازة منه فنفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ اعتاقه ومحمد بن يعقوب بن خالد في ما مر وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقيل إن يشتري بقي مخالفاً فإن اعتقه الأمر لم يجز كذا في الإيضاح *

قوله على ما مر إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه **قوله** وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه لأن له ولاية مطلقة في ملكه والأمر بالشراء صادف ملك الغير لأنه لا يقي مال البائع وذمة المأمور وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير ولا يعتبر إطلاقه فيه لأن العمل به ضروري ولا عموم للضروريات فاذا صار المتعارف مراد الم يبق غيره مراد أولانه لو اعتبر العموم في التوكيل بالشراء لا شترى ذلك المتناع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم أنه لم يقصد ذلك فحمل على إخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن البسيط والتوكيل بالبيع لا يبعد وتصرفه ما امر ببيعه فامكن اعتبار الإطلاق فيه **قوله** وتاويل اشتراطها في الكتاب يعني لما يتيقن القاضي بحدوث (١)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطرب في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الأمر *
قال ثان كان ذلك باقرار لنرم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطرب اليه لا مكان السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله

العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستند الى هذه الحجج فما معنى اشتراطها فقال تاويل اشتراطها ان القاضي علم ان العيب لا يحدث مثله في شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج ليظهر تاريخ البيع فيحصل العلم للقاضي ان العيب كان عند البائع لان مثل هذا العيب لا يحدث في مثل هذه المدة او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء والنساء وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى هذه الحجة للرد فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لامحالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول *

قوله وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين اي ان نكل الوكيل برده على الأمر ايضا وفيه خلاف زفره فان قيل اذا كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه وهذا ليل زفره فجعل هذا ما لو يرد عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذا في حق الموكل ولكن نقول الوكيل مضطرب في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك بعمل باشرة للأمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه بخلاف ما لو اقر فانه غير مضطرب الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول ولكن في عمل باشرة لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره **قوله** والوكيل مضطرب في النكول لبعد العيب عن (علمه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه يبيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة فاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا الحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا *

علمه هذا يشير الى ان الوكيل يحلف على البتات اذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على ان الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فحينئذ يضطر الى النكول *

قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه اي موكله سماه بائعا لكونه بمنزلة البائع في انه يرد عليه الوكيل تارة ويخاصمه في الرد في بعض الصور والفرق ان الرد لم يحصل بقضاء تعذرا باعتباره بيعا جديدا فقد التراضي فكان فسخا الا ان هذا فسخ بدليل قاصر فلتصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل رد اعلى الموكل ومن حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضي فامكن اعتباره بيعا جديدا في حق الثالث فيبطل حق الخصومة فان قيل الوكيل بالاجارة اذا أجر وسلم ثم اطع المستاجر بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل حتى كان الوكيل مستاجر من المستاجر وذلك جائز اذا فعل قلنا لا فرق بينهما في الحقيقة لان قبول الوكيل في الاجارة بمنزلة ما لو قبل الوكيل في البيع بالعيب قبل القبض بغير قضاء فانه يلزم الموكل لان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهي غير مقبوضة **قوله** ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره فانه يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله القاضي لو ترفعاه اليه لان الرد متعين في هذا فاذا تعين (1)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال ومن قال لا خرا مرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامورا مرتني ببيعه ولم تنل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستقر من جهته ولادلالة على الاطلاق *

قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لئلا المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع المضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضمة ثم مطابق الامر بالبيع ينظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند البيع خيفة رجوعه عندهما يتقيد باجل متعارف

الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يانزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما ينعله القاضي فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية وفي حكم الاصل اذ الاصل في هذه المطالبة بوصف السلامة وانما يصار الى الرد لضرورة العجز فاذا انقله الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا الواضع الرد وجب الرجوع بحصة العيب وفي تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل النقل الى غيره وهذا هو المراد بقوله وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا *

قوله ولادلالة على الاطلاق اي معنى الوكالة على التقيد حيث لا يثبت الوكالة بدونه وانما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكلا ببيع ذلك الشيء الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لم يكن له ان يتصرف فيه بشيء بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط اما لو دفع المال مضاربة بالتصرف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما بدا له من التجارة فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيه الماهو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** ومن ادعى التقيد في الوكالة كان مدعيه الماهو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** الى اي اجل كان عندا ببيع خيفة رجوعه حتى لو باع باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق * (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

والوجه قد تقدم * ومن امر رجلا يبيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده واخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيلاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انا به في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالته ولهذا لا يملك الموكل حجرة عنه *

* فصل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما

قوله والوجه قد تقدم اي الوجه من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض وعندهما يتقيد بالمتعارف **قوله** فتوى المال عليه بان مات الكفيل منلسا والمكفول عنه ايضا مات منلسا او غاب ولا يعرف موضعه او بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالكية فحكم براءة الاصيل فتوى المال على الكفيل **قوله** والوكيل بالبيع يقبض اصالته لان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق ولهذا لا يملك الموكل حجرة عن قبض الثمن وكان له ولاية الارتهان واخذ الكفيل فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا والاستيلاء مملوك له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده كان الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف رح لان الحوالة يتضمن ابراء المحيل والوكيل لا يملك ذلك ولورد الرهن جاز وضمن للموكل اهل من قيمته ومن الثمن وعند ابي يوسف رح لا يصح رده *

* فصل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكم ببيع عبدي هذا او بخلع امرأتي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما (ا)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

والدليل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري *
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء
والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة * او بطلاق زوجته بغير عرض او بعق عبده بغير عرض
او برد بعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض
وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رأيهما لا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما *

ان يتفرد في التصرف وفي الميسوف في باب الوكالة بالبيع والشراء اذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل اخيه
ايضا فأيهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الافراد حين وكله ببيعه وحده وهذا
بخلاف الوصيين اذا وصى الى كل واحد منهما في عتقة على حدة حيث لا يتفرد
واحد منهما بالتصرف في اصح التولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صار
وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة ثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما
بالعقد استبد كل واحد بالتصرف وفي المستقن وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما
والآخر حاضرا فجاز ببيعه جاز وان كان غائبا عنه فجاز لم يجز في قول ابي حنيفة رح *

قوله والبدل وان كان مقدرا جواب سوال وهو ان البدل اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى
الرأي فينبغي ان يستبد كل واحد منهما بالتصرف فنقال والبدل وان كان مقدرا ولكن تقدير الثمن
في البيع يمنع التقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهذا يتهو
بختار الآخر مشتريا لا يماطل في اداء الثمن **قوله** الا ان يوكلهما بالخصومة فلا يشترط حضور صاحبه
في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط **قوله** للافضاء الى الشغب وانه مانع من اظهار الحق
ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء **قوله** والرأي يحتاج اليه سابقا يعني ان الخصومة وان
افتقرت الى تعاون الرأيين ليعتضد كل واحد منهما بالآخر في استنباط ما هو الا صوب فيها لكن انما
يفتقر الى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء **قوله** او برد بعة قيد برد هـ (لانه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

فاعتبره بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف
 ومن التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء *
قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء * او يقول له اعمل برأيك لاطلاق
 التفويض اليه رأيه فاذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكلا عن الموكل حتى لا يملك
 الاول عزله ولا ينزل بموته وينزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي *

لانه اذا وكل وكيلين بقبض ودعته ليس لكل واحد منهما ان يتقرب بالقبض وفي الاصل واذا
 وكل رجلين بقبض ودعته فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما
 على القبض واجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع
 فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا فان قيل ينبغي ان يكون
 ضامنا للنصف لان كل واحد منهما ما مور بقبض النصف فلما كل واحد منهما ما مور بقبض
 النصف اذا قبض مع صاحبه فاما في حالة الانفراد فغير ما مور بقبض شيء منه *

قوله فاعتبره بدخولهما اي فاعتبر التعليق بمشيئتهما بالتعليق بدخولهما بان قال ان
 دخلتما الدار فامراؤنا طالق لا تطلق ما لم يدخلا **قوله** فعقد وكيله بحضرته جاز لم يشترط
 للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر
 من وكالة الاصل اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل
 الاول جاز حكى عن الكرخي رحمه الله انه قال ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر
 مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان محمول
 المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ وهذا ان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح
 لانه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة والعدم التوكيل من الاول
 حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر فانه لا يجوز عقد هذا النصولي الا باجازة تذلان اجازة
 بيع النصولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا هنا ومتى اجاز فانما يجوز (لان)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

قال فإن وكل بغير إذن موكله فعد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه ذات رأيد الا ان يبلغه فيجيزه وكذا الوباغ غير الوكيل فبلغه فجاز لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه في تقدير الثمن ظاهر وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيد في معظم الامر وهو التقدير في الثمن **قال** اذا روج المكتب او العبد او الذمي ابته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع واشترى اياه لم يجز معناه التصرف في ماله لان الرق والكفر يقطعان الولاية الربوي ان المرفوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الذافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية ولا بد من التدبؤ الى القادر المشفق ليحقق معنى الظن والرق بزوال التدرة والكفر يقطع الشقة على المسلم فلا يفوض اليهما لان الوكيل يملك مباشرة بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلة روايتين وجه روايتنا الجواز بحضرة الاول من غير اجازته انه حضر هذا العقد رأي الاول *

قوله وتكلموا في حقوقه ذكرنا البقائي في فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفي حيل الرهمل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني وذكر الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بالزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول **قوله** ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز اطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهر وقد حصل وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع الشئصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد **قوله** معناه التصرف في ماله يريد به التعميم اي لا يختص بالبيع والشري بل اي تصرف كان لم يجز او معنى قوله معناه التصرف في ماله ان الشري ينفذ عليه لاعليه لانه تصرف في ماله وليس له ولاية على ماله او معناه بان اشترى لها بماله لان يكون المراد ان يشترى لها بماله نفسه (قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وقال ابو يوسف ومحمد ربح والمرتب اذا قتل على رده والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فالولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عند هم الكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبلاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلا فالزفر ربح هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرخص به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتما مة واتسام الخصومة وانتهاءها بالقبض والغتوى اليوم على قول زفر ربح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيرة الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعه الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والغتوى على ان لا يملك * **قال** فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الامعا لانه رضي بامانتهم لا بامانة احدهما واجتما عهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر *

قوله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتب اذا قتل على رده والحربي كذلك ان تصرفه ما على المسلم لا يجوز وانما خص قولهما مع ان هذا حكم مجع عليه لان الشبهة اذا ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشري نافذة وان قتل على رده عند هما بناء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع **قوله** لان الحربي ابعد من الذمي الاتوى ان شهادته على الذمي لا تقبل والذمي صار متادرا وان لم يكن متاديه وحق في حق الذمي ما هو خاف عن الاسلام ولم يثبت في حق الحربي شيء من الاصل والخاف والملاحم * **باب الوكالة بالخصومة والقبض ***

قوله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض سواء كانت الخصومة في الدين افي العين **قوله** والغتوى اليوم على قول زفر ربح روى ابو بكر البخاري رحمه الله ان محمد بن سلمة وغيره من مشائخ البخاري اخذوا فيه بقول زفر ربح فتنى ايضا الصدر الشهيد حسام الدين ربح **قوله** لانه في معناه وضعه (ا)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال الوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند استحيفته حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او امرائه تقبل عنده ولا لا يكون خصمًا وهو رواية الحسن عن استحيفته رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضاء بالقبض رضاهما ولا استحيفته رح انه وكله بالتملك لان الديون تنضي بامه اليها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور

اي لان التقاضي في معنى القبض في اصل اللغة ذكر في الاساس تراضين ديني ديني وانتضيمته استنفيته وانتضيت منحتي اي اخذتها الا ان العرف بخلافه لان ديوار بد المطالبة في العرف *
قوله والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند استحيفته رح فيد بالدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة بالاجماع والاصل ان التوكيل اذا رفع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلًا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلًا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العند تتعلق بالعقد فكان خصمًا فيه ما اذا ثبت هذا فقال ابو يوسف ومحمد ورحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيئًا من الدين كان للآخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك سائط حكما حتى كان له اخذ بلا قضاء ولا رضاء كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصمًا كما في الوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تنضي بامه اليها لا باعيا عنها وهذا لان المقبوض ليس بملك للوكيل بل هو بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقًا للاستيفاء فانصب خصمًا كالوكيل بالشراء والتسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الدار بالشفعة والوكيل بالشراء خصم حتى يقبل البينة عليه والتسمة بان وكل احد الشريكين وكيلًا بان تقاسم مع شريكه فالشريك اقام البينة على الوكيل بان شريكه الذي هو موكله اخذ نصيبه تقبل لانه خصم والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلاً برد المبيع على البائع فاقام البائع البينة على الوكيل ان المشتري رضي بالعيب تقبل بينة لانه خصم * (قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل
بالشراء والتسمة والرد بالعيب وهذا الشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون
خصما قبل الاخذ هناك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة
تقتضي حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها *

قال والوكيل بقبض العين لا يتكفل وكيل بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس
بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيل بقبض عبده فقام الذي هو في يده البينة
ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع
الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في
قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع
فصار كما اذا قام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا

قوله الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من قوله انه وكله بالتملك
قوله وهذا الشبه باخذ الشفعة اي مسئلة الكتاب اشبه بمسئلة الشفعة من المسائل الثلاث
الاخر لان في هذه المسائل ما لم يوجد المبادلة لا يثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة لانه
لا يشترط فيها المبادلة لصحة الوكالة وكذا في قبض الدين **قوله** وهذا لان المبادلة تقتضي
حقوقا اي كونه خصما لكونه وكيل بالتملك لانه وكل بتملك مثل الدين الذي على
المدين وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون اميلا في حقوق المبادلة والوكيل بقبض
العين لا يكون وكيل بالخصومة لانه ليس بتوكيل بالمبادلة فصرا امينا محض ورسولا فلم يتعلق
الحقوق بالقبض فلا ينتصب خصما ولا يقبل البينة عليه اصلا قياسا حتى لا يجب التوقف
لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يوقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا حضر
امروا باعادة البينة على ما ادعوا لان البينة قامت على شئيين على العتق والطلاق والبيع وعلى
قصر يد الوكيل ففي حقهم والملك عن الموكل ان قامت البينة لاعلى خصم ففي (قصر)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه اذا قامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تفعل في تصريده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق * **قال** واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد ربح استحسانا الا ان يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف ربح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي ربح لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف ربح اولاهو القياس لانه مأمو بالخصومة وهي منازعة الاقرار بضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

تصريده الوكيل قامت على خصم فتسمع هذه البينة في حق تصريده الوكيل ولم تسمع في حق ازالة ملك الموكل كما لو اقام البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في تصريده * **قوله** وغير ذلك كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل واقام بينة على ذلك تنصريده الوكيل عن القبض واذا اقر الوكيل بالخصومة سواء كان وكيل المدعي او وكيل المدعى عليه فاقراره وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقراره وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على المدعى عليه **قوله** لانه مأمو بالخصومة وهي منازعة الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة والافرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضدهما امر به والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصي على الصبي مع ان ولايتهما اعم من ولاية الوكيل **قوله** ويصح اذا استثنى الاقرار بان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار ابي لو كانت حقيقة الخصومة مهيورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناء دلالة وقبل معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ابي لو كان الاقرار خلا في التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لا يصح استثناء (فيقول)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيه الاهدى
فلاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعاً وصحته يتناول ما يملكه قطعاً وذلك
مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه انشاء الله تعالى
فيصرف اليه تحرياً بالصحة قطعاً واستثنى الاقرار عن ابي يوسف رحمه الله لا يصح لان لا يملكه وعن
محمد رحمه الله يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الإطلاق يحتمل على الاولى

قبول البينة من التوكيل بالخصومة واستثناء الانكار وهذا ايضا يصلح جواباً عما يقال
الخصومة حرام فيجعل التوكيل بها مجازاً عن التوكيل بالجواب فيتناول الاقرار فاجاب
ان المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة وهنا لا تعذر فانه يصح استثناء الاقرار فبقي توكيل
بمحض الخصومة وفي النهاية معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ان التوكيل بالخصومة
لو كان مجازاً لمطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة
لان المراد من الجواب اما الاقرار والانكار كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار
عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك ممتنع ولهذا استثنى الانكار لا يصح لما قلنا
فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز مطلق الجواب *

قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة هذه مسئلة مبتدأة خلافية
ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو على هذا الخلاف
ايضاً عند زفرو الشافعي رحمه الله يتقيد بجواب هو خصومة لان العادة في التوكيل جرت
بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فلاهدى وفي الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية
وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعاً بالاجماع وصحته قطعاً يتناول ما يملكه قطعاً والمملوك
قطعاً مطلق الجواب لا الاقرار ولا الانكار عينا فيصرف الى مطلق الجواب تحرياً بالصحة
قطعاً وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح استثناء الاقرار لانه لم يملك للتوكيل بالانكار عينا وانما
يملك التوكيل بجواب هو حق لا محالة وعن محمد رحمه الله يصح لان التنصيص على (استثناء)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ونخبير الطالب فيه بعد ذلك يقول ابو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراراً لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقراراً نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقته ومجازاً والافرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً اما لانه خرج في مقابلة الخصومة لانه سبب له لان الظاهر انما به بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البيعة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤول ويدفع المال اليه لانه صار من نضار كالأب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه *

استثناء الاقرار زيادة دلالة على انه متيقن بحقه في الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى اي على ما هو الاولى بالمسلم وهو مطلق الجواب فانه حلال في عموم الاحوال والخصومة منازعة وهي حرام والتوكيل بالاحرام حرام فحمل على المجاز بظاهر حاله *

قوله وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب اي وعن محمد رحمه الله انه لم يصح استثناء الاقرار من المطلوب لكونه مجبوراً عليه وانما يكون مجبوراً يدفع ضرر المدعي وفي صحة استثناء الاقرار اضراره وصح استثناء الاقرار من توكيل الطالب لانه مخير في اصل الخصومة فله ترك احدى جهتيها **قوله** جواباً يسمى خصومة حقيقته بان انكر ارمجازاً بان اقر والافرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً اما لانه خرج في مقابلة الخصومة اي في جواب الخصومة واطلاق اسم احدى المتقابلين على الاخر جائز مجازاً قال الله تعالى . فاعندوا عليه بشئ ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة سيئة مثلها اولان الخصومة في مجلس القضاء سبب للجواب ظاهر والجواب تارة بلاوتارة بنعم والسببية طريق المجاز ولهذا يختص بمجلس القضاء لكن اذا اقيمت البيعة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة لزمه بطلانها فلا يؤمر بدفع المال اليه نصراً كالأب والوصي اذا اقر على اليتيم انه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما (لزمهما)

قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلًا في ذلك ابد الا ان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه اميناً ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم بانعدام لازمه

لزعهما ببطالان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظري الاقرار على الصغير فاما التفويض من الموكل حصل مطلقاً غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار جميعاً غير ان الاقرار صحته يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا *

قوله ومن كفل بمال عن رجل صورة المسئلة ما اذا وكل رب الدين كفيله بقبض المال من المديون لا يصح توكيله ابد احتج له هلك المال في يده لا يهلك على الموكل وقوله ابد اي قبل براءة الكفيل وبعدها ما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة وما بعد البراءة فانه ما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح اعدام قبوله وهو شرط ثم اذا بلغه الخبر فجاز لا يجوز ايضا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتمل اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتمل عليه لا يصبر وكلامنا فان قيل يشك برب الدين اذا وكل المديون ببراءة نفسه من الدين يصح ذكره في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعياً في فكاك رقبته فلما ذكر شيخ اسلام رحمه الله في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب ببراءة نفسه على خلاف المذكور في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية وفي الكافي فان قيل الدائن اذا وكل المديون ببراءة نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وان كان المديون ببراءة نفسه ساعياً في فكاك رقبته فلما انما يصح ثم لانه تملك لالانه توكيل كما في قوله طلقني نفسك قلت لو كان تملكاً لا تقصر على المجلس ولا يتعصر * (قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للمغرماء وبطالب العمد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا ما بيناه *

قال ومن ادعى ان وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم لو تسلمه الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والادفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيلاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع بيانه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يد الالان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينتقض قبضه وان كان ضاع في يد دلم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محقق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره **قال** الا ان يكون صمدا يدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كذا اذا ضيقت التي حالة القبض فيصح بمنزلة التنازل بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة وقد فعل اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاء رجع عليه وكذا اذا دفع اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر

قوله وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للمغرماء اي انزله ضمنان قيمته للمغرماء وبطالب العمد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا ما بينا من ان الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يمرى به نفسه فلا يصلح وكبلا **قوله** الا ان يكون صمده عند الدفع وصورة التضمن ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيل ولكن لا آمن ان يحضر الطالب ويحشد وكالتك وبأخذ مني ثانيا ويصير ذك ديني الي عليه باتفاق بيني وبينك فهل انت كغيب عنه بما يأخذ مني فتقبل صم وصار كغيبلا **قوله** وهذه كذا اذا ضيقت التي حالة القبض اي قبض رب الدين ثانيا ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة وقد فعل اليه اي ولم يكذب اياها بل كان ساكتا لقوله بعد هذا وكذا اذا دفع اليه على تكذيبه اياه في الوكالة **قوله** وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع (رجاءه)

لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار
حتا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الي فصولي على رجاء الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
القبض عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض المودعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه

رجاءه رجوع عليه لا يقال بان الدفع اذا كان على رجاء الاجازة كان المدفوع اليه فصوليا
فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه ليكون امانة عنده
من جهة المديون وانما يقبضه ليكون امانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة
من جهة المديون ولانه دفع بزرعه وزعمه ان يستفيد المديون البراءة بما يدفعه اليه فيستفيد
رضاء به واما اذا دفعه مع انه كذبه في الوكالة لان الوكيل قبض من المديون المال بشرط
ان يستفيد المديون البراءة عما في ذمته فاذا لم يستند هذا المديون راضيا بقبضه
بل هو في حقه كالمغاصب فكان له ان يضمه وهذا اظهر في ثبوت حق الرجوع *

قوله لما قلنا اي انما دفعه اليه على رجاء الاجازة **قوله** وفي الوجوه كلها وهي الوجوه الاربع
وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير
تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب **قوله** لان المؤدى صار حتا للغائب اما ظاهرا
في حالة التضاد او محتملا في حالة التكاذب واذا كان الوكيل ظاهرا العدا كان صادقا
في قوله ظاهرا وان كان فاسقا او مستورا الحال كان قوله محتملا للصدق **قوله** فصدقه المودع
لم يؤمر بالتسليم اليه ولو سلم مع هذا ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام
علاء الدين رحمه الله في شرح الجامع انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه
وقال ايضا وان لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن
وكان ينبغي ان يضمن لان المانع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المانع من المودع والمانع
من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله *

(قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

لأنه اقرار بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه مادام حيا كان اقرار ابي ملك الغير لانه من اهله فلا يصدق ان في دعوى البيع عليه *

قال فان وكل وكيل بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق *

قال ويتبع رب المال فيستحله رعاية لاجل انبه ولا يستحلف الوكيل لاندنائب **قال** وان وكله ببيع في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين

قوله لانه اقرار بمال الغير لان الوديعة مال الغير بخلاف الدين لان ما يقضيه المديون خالص ماله لان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداة المديون مثل مال رب الدين لاجل ان تصدقه اقرارا على نفسه باداء المال ومن اقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء وذكر في الذخيرة وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فبلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وايس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل ان يقول ارسلني فلان يقول لك افرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول افرضني والرسالة بالاستقراض جائزة **قوله** ولا يستحلف الوكيل لانه نائب وفي الايضاح ولو اراد المطلوب ان يحلف الوكيل ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (و)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالنسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد وما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطالان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر *

وقال زفر رحمه الله احلفه على العلم فان ابى ان يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجة لان الوكيل لو قرب ذلك بطلت وكالتة فجاز ان يحلف وا ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقولان فانه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين *

قوله لان التدارك ممكن هنالك اي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اذ القضاء لم ينفذ باطلا لانه ما قضى الا بمجرر التسليم فكان كالقضاء بالاهلاك المرسله وهنا غير ممكن لان القضاء بالنسخ ماض على الصحة لان قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عند ابي حنيفة رحمه الله ومتى نفذ القضاء بالنسخ ظاهراً وباطلاً لا يكون للبائع ان يستحلف المشتري اذا حضر على الرضاء لانه لا فائدة ان نكل فيظهر انه كان راضياً بالعيب وان حق النسخ لم يكن ثابتاً للمشتري وان القاضي اخطأ في قضائه بالنسخ ولكن عند ظهور الخطاء في القضاء بالنسخ لا يبطل قضاءه بالنسخ **قوله** قالوا يجب ان يتحد الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في الفصلين ولا يؤخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين اي في فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد (١)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ليفتقها على اهلها فانفق عشرة عليهم من عشرة
والعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا
كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس كذلك ويصير متبرعا وقيل التماس والاستحسان
في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الاتفاق يتضمن الشراء فلا يدخله والله اعلم بالصواب *

المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا وادار الرد ما لم يستحلغه بالله ما رضى به هذا العيب
وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه ايضا حتى يستحلف صيانته للقضاء
عن البطالان ونظر البائع والمديون فصارعوه رواية ثان رواية مثل قول محمد وفي رواية يؤخر فيهما *

قوله والعشرة بالعشرة اي العشرة التي انتفها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي
اخذها من الموكل اي لا يكون متبرعا وقال الامام الترمذي رحمه الله هذا اذا كانت
عشرة المدافع فائدة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها اركان مطلقا لكن ينوي تلك
العشرة فان كانت عشرة المدافع مستهلكا وكان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد
اليها يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالاتفاق لان الدراهم تنعين في الوكالة وكذا الواضف العقد الى
غيرها عند غيبة الطالب وقيل لا تنعين عند العامة لكن تبقى الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة
والشركة حيث تنعين فيهما **قوله** وفي القياس ليس كذلك ويصير متبرعا يعني الوكيل
بالانفاق يصير متبرعا في اتفاق مال نفسه بغير ما للموكل ويلزمه رد ما قبض اليه لان الدراهم
تنعين في الوكالات بدليل انها لو هلكت يبطل الوكالة وقد خالف امره فيرد عشرته عليه وقيل
القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بوكيل بالشراء فاما الوكيل بالاتفاق وكيل
بالشراء لانتفاره في الاتفاق الذي شراء ما يحتاج اليه في النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعا
قياسا واستحسانا لانه لا يمكنه استصحاب دراهم الميركل في الاحوال كلها وربما يظفر في السوق بشيء
ما يحتاج اليه فلو لم يتمكن من الشراء نقد الدين من دراهم نفسه على سبيل الاقتراض من الموكل
واخذ دراهمه بجهة حقه لكونه ظافرا حقة ادى الى الاخلال بالغرض المطلوب وبهذا الطريق اذا قضى
الوصي دين الصغير بمال نفسه يتمكن من الرجوع في ماله كذا في الاوضح والله اعلم (باب)

(باب عزل الوكيل)

* باب عزل الوكيل *

قال، للموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلًا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز متى يعلم لان في العزل اضرامه من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه

* باب عزل الوكيل *

قوله بطلب من جهة الطالب قيد بالطلب لانه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا ويكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اى المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله عند غيبة المطلوب لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه ان خصومة الموكل حق الطالب لتيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه **قوله** لما فيه من ابطال حق الغير وهو ان يحضره مجلس الحكم وبخاصة ويثبت حقه عليه فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل وربما يغيب المطلوب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل اصلا لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه وكيل آخر **قوله** وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اى في تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل الا ان الموكل في الرهن لا يملك عزله اصلا اذ لم يرخص المرتهن به والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب وان لم يرخص به الطالب لانه لا يبطل حقه لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب وفي الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلا لانه لا يمكنه ان يطلب الراهن بالبيع **قوله** لان في العزل اضرامه من حيث ابطال ولايته وفي ابطال ولايته تكذيبه لان الوكيل ملازم لموكله (او)

(باب عزل الوكيل)

فينتد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرره ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيد *.

قال وبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقة وباحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه

او طلق امرأته او باع او اشترى له على ادعاء انه وكيله ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكديبا للوكيل في ماله على من الوكالة لبطان ولايته على هذه التصرفات بالعزل وفي تكذيب الانسان في ما يتول ضرر عليه وهذا المعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء فان قيل ابطال الولاية لا يجوز علم اولاكمافي غير الوكيل قلنا هو ابطال نظرا الى الولاية في الحال ومنع من حيث ان حل البقاء في هذا العقد مثل الابتداء فانه ينعقد ساعة الاترى انه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما واذا كان لدوامه حكم الابتداء فبالعزل كانه يمنع التوكيل من التصرف في محل مملوك له وهذه الولاية فوقنا على الشبهين حظهما وقتنا بصحة العزل مع العلم عملا بشبه المنع وبعدم ثبوته عند انتفاء العلم عملا بشبه الابطال *

قوله فينتد من مال الموكل اي اذا كان وكيل بالشراء ويسلم المبيع اذا كان وكيل بالبيع فيضمنه اي ما نتد من الثمن وما سلم من المبيع على تقدير صحة العزل **قوله** وغيره بالرفع كالوكيل بالطلاق والعناق **قوله** للوجه الاول وهو ان في العزل اضرا من حيث ابطال ولايته وقال الشافعي رحمه الله ينزل ولم يبلغه العزل لانه بالعزل يبطل حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء يتقرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعناق قلنا نفوذ الوكالة حقه لكن يتضرر الغير في اسقاطه ولان العزل خطاب يلزم للوكيل ان يمتنع وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حق العزل في حقه مالم يعلم **قوله** لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه (و)

(باب عزل الوكيل)

فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرطان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة
 الاغماء و حد المطلق شهر عند ابي يوسف راج اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه
 يسقط به الصلوات الخمس فصار كالمنيت وقال محمد راج حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات
 فقد ربه احتياطا قالوا الحكم المذكور في الحاق قول الشيخ في راج لان تصرفات المرتد موقوفة عنده
 فكذا و كانه فان اسلم نفذ وان قتل اءلحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة
 فلا يبطل وكالة الا ان يموت او يقتل على ردها ويحكم بلحاظه وقد مر في السير * وان كان الموكل
 امرأة فارثت فالوكيل على وكالة حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردها لا تؤثر
 في عقودها على ما عرفت **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجزوا المأذون له ثم حجر عليه

وانه كان كذلك لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف في كل لحظة من لحظات
 دوام التصرف يستبد من النقص والفسخ فلما لم ينسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند مكانه
 بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه اما اذا كان التصرف لازما لا يتأتى هذا المعنى لان
 المتصرف لا يتمكن في كل لحظة من الفسخ فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء *
قوله فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض اي امر التوكيل بهذه العوارض من الموت
 والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر
 البيع ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار
 فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض لانه يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلوة
 والزكاة اما ما دون التحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت **قوله** واذا
 وكل المكاتب ثم عجزوا المأذون له فحجر عليه هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشراء فاما
 اذا كان التوكيل بقضاء الدين او التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر
 على المأذون لان في كل شيء وليد العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا
 بايفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب للدان وجوده كان بعقده فاذ بقي حقه بقي وكيله (على)

(باب عزل الوكيل)

أو الشريكان فافترا فانهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل أولم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة
يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل
حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باع الموكل **قال** اذا مات الوكيل او جن جنونا
مطبقة بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته * وان لحق بدار الحرب مرتد الم يجوز له
التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي وهذا عند محمد ر ح فاما عند ابي يوسف ر ح لا يعود الوكالة
لمحمد ر ح ان الوكالة اطلاق لا ترفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان فائمه وانما عجز بعراض
الحاق لتبين الدارين فلذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكلا ولا يبيوسف ر ح ان اثبات ولاية
التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته ولاية التنفيذ بالملك وبالحاق لحق بالاموات وبطلت
الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد المدب *

على الوكالة فيد ولو كله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرة صح ايضا فان باع باذن
الغرماء او مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له
حق المطالبة بالاستيلاء فبطل وكالة الوكيل حكما لخروج الموكل من ان يكون مالكا لهذا التصرف *

قوله أو الشريكان فافترا اي احد الشريكين يعني به ان يبطل الوكالة في حق الشريك الآخر
الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكلا عند بالشركة فلما افترا لم يبق وكلا
عنه اما يبق وكلا في حق الآخر وينبغي ان لا ينزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بفتراهما
والدليل عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرابع من كتاب الشركة احد المتفاوضين
اذا امر رجلا بان يشتري له عبد بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صححت الوكالة وصار
هذا الرجل وكلا عنهما فلو تناقض الشريكان المتفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلا على
على حدة ثم اشترى الوكيل بعد ذلك عبد او هو يعلم بتنقض المتفاوضة او لا يعلم جاز شراء
الوكيل والعبد لازم للأمر خاصة دون شريكة الاول والثاني **قوله** واذا مات الوكيل او جن جنونا
مطبقة اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اذا استوعبها لان كثرة كالموت وقليله كالاغماء
وحد الجنون المطبق المذكور في المتن **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتد الم يجوز له التصرف (الا)

(باب عزل الوكيل)

ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتد الا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد ربح انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالحقاق **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده أو بكتابة عتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكل بطلاق وطلقها الزوج ثلثا

الا ان يعود مسلماً هذا اذا حكم القاضي بلحقه بدار الحرب ذكر شيخ الاسلام ربح في المبسوط ان لحق الوكيل بدار الحرب مرتد فانه لا ينزل عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحقه * **قوله** ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتد الا يعود الوكالة اي قد لحق بدار الحرب مرتداً وقضى القاضي بالحقاق ثم عاد مسلماً وعن محمد انه يعود فابو يوسف ربح سوى بين عود الموكل مسلماً وبين عود الوكيل مسلماً بعد قضاء القاضي بالحقاق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين ومحمد رحمه الله فرق بينهما في الظاهر والفرق ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه برده ولحقه فبطلت الوكالة على الثبات فاما بردة الوكيل لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقياً لكنه عجز عن التصرف بعرض فاذا زال العرض صار كان لم يكن وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال يعود وكيلاً كما كان فيهما لان الموكل اذا عاد مسلماً يعاد عليه ماله على قدر ما ملكه وقد تعلقت الوكالة بقدر ما ملكه فيعود الوكيل على ما كان له **قوله** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه في ما وكل به بطلت الوكالة وفي الذخيرة الاصل في جنس هذه المسائل ان الموكل متى احدث تصرفاً في ما وكل ببيعه قبل بيع الوكيل ان كان يصرفا يعجز الوكيل عن البيع يخرج من الوكالة وان كان تصرفاً لا يعجزه عن البيع لا يخرج من الوكالة لانه اذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال فبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة اذا ثبت هذا فنقول متى باع أو وهب أو تصدق (و)

(باب عزل الوكيل)

او راحة وانقضت عدتها او بالخلع فخلعها بنفسه لانها تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجهامندلان الحاجة قد انقضت
بإخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها لان يزوج الموكل ابتداء الحاجة وكذلك لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه

وسلم او وطى فاستولى الوكيل بخروج عن الوكالة لان هذه التصرفات في العين تعجز الوكيل
عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله ولو وطى
ولم يستولد او استخدم اراذن لدى التجارة كان على الوكالة لان هذه التصرفات لا تعجز الوكيل
عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله وان اهرن
او آجره وسلم ذكر في ظاهر الرواية انه لا يخرج عن الوكالة وعن ابي يوسف راجح انه يخرج *

قوله واحدة فانقضت عدتها وفي المبسوط وان وكله ان يطلقها ثم طلقها الزوج او خلعها
فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لان الزوج بعد الطلاق والخلع مالك لا يقع
الطلاق عليها فبقي الوكيل على وكالة وان انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك
لان الزوج خرج من ان يكون مالكا لا يقع عليها بعد العدة فيبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها
بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة تلتزم تناوله فلا يعود الوكالة
باعتباره وعلى هذا الواردت او ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لبقاء
تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب مرتدا فذلك بمنزلة موته فلا يقع عليها
طلاق الوكيل بعد ذلك ولو امار اهل الحرب عبدا فادخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل
بملك جديد بان اشتراه منهم لم يعد الوكالة ولو اخذ من المشتري منهم بالثمن او ممن وقع
في سهمه من الغنائم بالقيمة فهو على الوكالة لانه لاخذ بهذا الطريق يعيده الى قديم
مكانه ولو وكله بان يعتق امته المراسي فارتدت ولحققت بدار الحرب فاسرت
وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها لانه كان مأمورا بالالة الرق الذي كان فيها وقد زال
باعناق المولى وهذا الحادث رق متجدد بتجدد السبب فلا يكون هو وكلا بازالته (قوله)

(باب عزل الوكيل)

فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف ر ح ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد ر ح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قد يملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

قوله فلور د عليه بعيب بقضاء قاض وفي المبسوط ولو باعها الوكيل او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فاللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قد يملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء قاض بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقبلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غيره بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلق بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول وفي الذخيرة ولو قاله المشتري فليس للوكيل ان يبيعه ان كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث وكذلك ان كانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الشئ وان فات لكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بعدم **قوله** بخلاف ما اذا وكله بالهبة يتعلق بقوله وقال محمد ر ح له ان يبيعه مرة اخرى **قوله** فوهب بنفسه ليس بقيد لانه لو وكله بان يهب عبده فوهبه الوكيل ثم رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه مرة اخرى قال محمد ر ح ولا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد وتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انقضى البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله اعلم (كتاب)

(كتاب الدعوى)

* كتاب الدعوى *

قال المدعى من لا يجهر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى وهذا يختلف عبارات المشائخ ردهم اللدفيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الاحتجاج والمدعى عليه من يكون مستحقا بتوليه من غير حجة

* كتاب الدعوى *

هي اسم اللادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو والافزيد المدعى وعمرو والمدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ والنهات المتنايت فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول البأس بالفلان واما قوله دعواهم فيها سبها نك اللهم فمعناها الدعاء والدعوة بالتسليم المدعى وهي المأذبة والكسوف في النسب وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ان يجاب حق على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة واما شرعا فيراد به اضافة الشيء الى نفسه في حالة مخصوصة وهي حالة المنازعة ولهذا قال عليه السلام البينة على المدعى وقيل المدعى لغة من يقصد ان يجاب الحق على الغير الا ان اطلاق اسم المدعى في عرف اللسان يتناول من الاحتجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعىا قبل اقامة البينة واما بعد اقامة البينة يسميه محقلا مدعىا ويقال لمسلمة لعنه الله مدعى النبوة وشرط صحتها مجلس القضاء والدعوى في غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعى على خصم حاضر وأن يكون المدعى شيا معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب ولهذا الوادعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذه اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله في الخلل واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم اربلا ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب وهي نوعان صحيحة وفاسد **قوله** ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعى والمدعى عليه من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى (قوله)

ج

كذبي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال
 محمد ر ح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح
 بالنفقة عند الحذاق من اصحابنا ر ح لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال
 ردت المودعة فاقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان (معني) *
قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما

قوله كذبي اليد فانه اذا قال هولي كان له ما لم يثبت الغير استحقاقه **قوله** من يتمسك
 بغير الظاهر كما اذا ادعى ديناً بوجه من الوجوه على آخر فالبيئة على المدعى ادعواه
 امر اعراضيا وهو شغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل
 وهو براءة ذمته وهو الظاهر وكذا الظاهر ان يكون الاعلاك في بد الملاك فكان الخارج متمسكا
 بخلاف الظاهر **قوله** والترجيح بالنفقة عند الحذاق من اصحابنا اي بالمعنى اذا الاعتبار
 للمعاني دون الصور والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار
 معنى كالمودع اذا ادعى رد المودعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان
 معنى وهذا يحلفه القاضي اذا ادعى الرد انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رد
 لان اليمين يكون ابد اعلى النفي فان قيل المودع بد دعوى الرد متمسك بما ليس
 بثابت اذا الرد لم يكن ثابتا وهويده والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد
 فانه كان ثابتا وهويده فكان ينبغي ان يكون المودع هو المدعى والمودع هو المنكر فلنا
 المودع بدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو اصل والمودع بدعي شغل ذمته وانه لم يكن
 ثابتا ولهذا يقبل بينته اذا اقامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف
 اعتبارا للمعنى **قوله** ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اعلم ان
 الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم
 ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين اذا انكروا لاثبات (با)

(كتاب الدعوى)

في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالتزام بواسطة اقامة الحجة والالتزام في المجهول لا يتحقق * فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصي ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعليه هذا القضاة من آخرهم في كل عصر وجوب الجواب اذا حضر لينتد حضوره ونزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكراه وسند كراه ان شاء الله تعالى *

قال وان لم تكن حاضرة لا كقيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف

بالبينه ونزوم احضار المدعى والفائدة ما لا يتعلق بها الاحكام التي بينها وانفساد باحد معنيين ١. ان لا تكون ملزمة شيئا على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله ويكون المدعى مجهولا في نفسه لان فائدة الدعوى الالتزام بواسطة اقامة الحجة والالتزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول بينه المدعي ولا ينكول المدعى عليه *

قوله في جنسه بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة اقتره حنطة وفي الذخيرة فان كان المدعى مكبلا فانما يصح الدعوى اذا ذكر المدعي جنسه بان حنطة او شعير وبذكر مع ذلك نوعا انها سقية او برية خريفية او ريعية وبذكر مع ذلك صنفها انها جيدة او وسطية او ردية وبذكر قدرها بالكيل فيقول كذا اقتره الان المتدار في الحنطة الكيل ويذكر بقفيز كذا لان القفران تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايلاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل ان يقبض وان كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه بيان مكان الايلاء **قوله** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها وفي الذخيرة وان وقع الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انما قائم او هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة (و)

والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث بشرط مع بيان القيمة .
 ذكر المذكورة والانوتة **قال** فان ادعى عقاراً حادثة وذكرانه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه بدلائله
 تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود
 الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجدلان تمام التعريف به
 عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره فان ذكر
 ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافاً لفررح اوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة
 لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى بشرط في الشهادة
 وقوله في الكتاب وذكرانه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصماً اذا كان في يده
 وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه
 الا بالبينه او علم القاضي هو الصحيح نفياً للهمة الموضوعة اذا العقار عساه في يد غيرهما
 بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد وقوله وأنه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه
 يحتمل ان يكون مرهوناً في يده او محبوساً بالثمن في يده بالمطالبة يزول هذا الاحتمال
 مقبوله وان لم يبين القيمة اشار في عامة الكتب انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف
 قيمة ماله فلو كافى لبيان القيمة لتضرره وقال الامام فخر الاسلام البزدوي رحمه الله
 اذا كانت المسئلة مختلفاً فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي لبيان القيمة فان كلفه
 ولم يبين يسمع لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه لبيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر
 عليه الوصول الى حقه واذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط من الشاهد بالطريق الاول *
قوله والقيمة يعرف به اي القيمة شيء يعرف العين بذلك الشيء فلذلك شرط ذكر
 قيمة العين وقيل ان العين لا يعرف بالوصف وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان
 اياه في ذلك الجنس لكن ببيان الوصف طولاً وعرضاً وغير ذلك تعرف قيمته وقيل تعرف
 القيمة ببيان الوصف لانه اذا قيل ان قيمته عشرة دراهم من النقصة الجيدة او كذا ديناراً
 من الذهب التركي يصير قيمته معلومة بهذا الوصف **قوله** بخلاف ما اذا غلط في الرابعة (لانه)

(كتاب الدعوى)

وعن هذا فالوفاي المتقول يجب ان يقول في يده بغير حق **قال** وان كان حقا في الدمة ذكرانه
بطلانه بدلا لتلاوه هذا الان صاحب الدمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه
يعرف به **قال** واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم

لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وتأييده اذا ادعى شراء شيء بشئ منقود
فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم تقبل *
قوله وعن هذا فالوفاي المتقول اشارة الى تولد لان المطالبة حقة فلا بد من طلبه ولانه
يحتمل ان يكون موهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده **قوله** لكن لا بد من تعريفه بالوصف
فان كان المدعى وزنيا قائما يصح اذا بين الجنس بان قال ذهب او فضة وان بين الجنس
وبعد ذلك ان كان مضروبا يقول كذا دينار او ذكروا نوعه بخاري الضرب او نيشابوري
الضرب وينبغي ان يذكر صفته انه جيد او وسط او ردي وانما يحتاج الى ذكر الصفة
اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا وان كان في البلد نقود
مختلفة والكل في الزواج سواء ولا فضل المبيع على البعض بجوز البيع ويعطى المشتري
البائع اى نتد شاء الا ان في الدعوى لا بد من تعيين احدها وان كان احد النقدين اروج
والآخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج ويصير ذلك كالمفوض في الدعوى فلا
حاجة الى البيان في الدعوى الا اذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد الى وقت
الخصومة بحيث لا يعلم اروج وقت العقد فحينئذ يشترط بيان الاروج في ذلك الوقت
ما كان وان كان الدعوى بسبب القرض والاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل حال
وان كان المدعى نقرة وكان مضروبا ذكر نوعها وهو ما يضاف اليه ويذكر صفتها انها
جيدة او وسطة او رديّة ويذكر قدرها انه كذا درهم او وزنها الان وزن الدرهم يختلف
باختلاف البلدان والذي في ديارنا وزن سبعة وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل
وان كانت الفضة غير مضروبة ان كانت خالية عن الغش يذكر كذا فضة (خالصة)

فان اعترف قضي عليه بهالان الاقرار موجب بنفسه فإمره بالخروج منه وان انكر
سأل المدعي البينة لقوله م الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين
دلى فقد البينة فلا بد من السؤال لمكانه الاستحلاف *

قال ان احضرها قضي بها الانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه
عليها لا يروينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقة لا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

خالصة ويذكر نزعها بان قال نفرة طمغ جيتويد كرسفتها انها جيدة او وسطه او ردية وقيل
اذا ذكر طمغاً جيدة لا حاجة الى ذكر الجودة وان كان المدعي دراهم مضروبة والغش فيها
غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكرونها ومقدارها وصفتها وان كان يتعامل عدداً يذكرو
عدد هالوا وادعى الحنطة او الشعير بالامناء وبين اوصافها فقد قيل لا يصح هذه الدعوى وقيل
يصح وفي الذرة والملح يعتبر العرف اما في الاشياء الستة فالمعتبر هو الكيل في الاربعة منها
وهي الحنطة والشعير والتمر والملح وفي الذهب والفضة الوزن ثم اذا ادعى الحنطة والشعير
مكايلة حتى صحت الدعوى بخلاف واقام البينة على اقرار المدعى عليه بالحنطة والشعير
ولم يذكرها الصفة في الاقرار قبلت بينته في حق الجبر على البيان لا في حق الجبر على الاداء وان
ادعى الدقيق بالتفجير لا تصح لالتباسه بالكبس ومتى ذكر الوزن حتى صحت الدعوى لا بد
ان يذكر انه دقيق يابس او مغسول ويذكر مع ذلك انه منخول او غير منخول ويذكر مع ذلك
انه جيد او وسط او ردي قال في النهاية هذا كله من الذخيرة وفصول الامام الاستروشي *

قوله فان اعترف قضي عليه بها اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف
على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاماً بالخروج عن موجب ما اقربه بخلاف البينة لانها انما
تصير حجة باتصال القضاء بها **قوله** لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى **قوله** لا يروينا اي
لك يمينه وانما شرط طلبه لان اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه اذا اضافة بحرف اللام
المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حق المدعي والفقه فيه ان المدعي يزعم (انه)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

* باب اليمين *

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف رح يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ولا يبي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتبط على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رح مع أبي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة رح في ما ذكره الطحاوي رح **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمه تنا في الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح

انه اتوى بالذكرة حقه فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كمار عم يكون أتواء بطله أتواء فان اليمين الناجرة تدع الديار بلائع والائتال المدعى عليه الثواب بذكر اسم المدعى على سبيل التعظيم ثم كما ان اليمين حق المدعي فكذا هي حق المدعى عليه من حيث ان شرعيتها انما كانت لاظهار صدق المدعى عليه وما كان يرجح صدق الانسان كان حقه *

* باب اليمين في الدعوى *

معناه حاضرة في المصر احتريزه عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة لو كانت في مجلس الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وان طلب الخصم **قوله** وجعل جنس الايمان على المنكرين اذا الالف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب وماروينا مشهور تلقته الامه بالقبول حتى صار في حديث التواتر فلا يعارضه على ان يحسم بن معين قد رده **قوله** وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس وفيه خلاف الشافعي رح فعنده اذا لم يكن للمدعي بنية اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان خلف قضي به والا لالان الظاهر صار هذا للمدعي بنكوله فيعتبر بيمينه (كالمدعى عليه)

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أولى وقال الشافعي رح يقضي بينة ذي اليد لاعضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق أو الاستيلاء والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر أثباتاً وأظهاراً لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذي اليد إذا ليد دليل مطلق للملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختبه وعلى الولاء الثابت بها *

كالدعوى عليه وكذا إذا أقام المدعى شاهداً واحداً وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يرد اليمين عليه فإن حلف قضى له بما ادعى وإن نكل لم يقض له بشيء *

قوله ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق احترازاً عن الملك الملقيد بدعوى النتاج وغيره **قوله** فصار كالنتاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولا أحدهما يد فإنه يقضي لصاحب اليد وكذلك إذا تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فصاحب اليد أولى ودعوى الملك مع الاعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده اعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج لأن المقصود هناك إثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وإنما أثبتته كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينتان ترجح جانب ذي اليد بيده وكذا لو ادعى كل واحد منهما أنها أمته دبرها أو استولد هو ولأن بينة الخارج أكثر أثباتاً أي في علم القاضي البينات شرعت للأنبات لأنها وإن كانت في التحقيق مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والأحكام عندنا تثبت بأسبابها أخذت البينة حكم الأنبات كاللعل الشرعية فإنها أمارات في حق الشرع وفي حقها حكم الأنبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لأن الحكم يحال إلى شهادتهم إيجاباً **قوله** أو أظهاراً أي في الواقع فإن الخارج بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع وبينة الخارج أكثر أثباتاً لأنه بينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهريته وذو اليد لا يستحق (على)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

قال، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والنزيمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة فاشتبه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً ومقراً إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للموجب ودفعاً للضرر عن نفسه فيترجم هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه **قال** وينبغي للقاضي أن يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثاً فإن حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الإنذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء

على الخراج بينته شيئاً لا ندل على ملك للخارج بوجه فلا يكون بينته مثبتة للملك إنما هو موكد للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات أصل الملك وبينه الخراج تثبت أصل الملك فصح قولنا إنها أكثر اثباتاً بخلاف النتائج لأن البدل تدل عليه، وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاء وعلى الولاء الثابت فاستوت البيتان في اثبات فترجم بينة ذي اليد ليدية * **قوله** ويمين المدعى دليل الظهور أن دليل ظهور كون المدعى محققاً في دعواه كما كانت يمين المدعى عليه **قوله** ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أي على قول ابينحيفة رح ومقراً أي على قولهما إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للموجب لأنه عليه السلام قال واليمين على من أنكر وكلمة على للجواب **قوله** فيترجم هذا الجانب أي جانب كونه باذلاً ومقراً على جانب التورع لأن الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة ولذلك يترجم هذا الجانب في نكوله ولا ندل على أن يتسكن من الترفع عن اليمين الصادقة إلا ببذل المال لأنه إنما يرتفع ملتزماً للضرر لا ملحقاً للضرر بالغير يمنع الحق كذا في المبسوط **قوله** ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمنا إشارة إلى قوله ولا يرد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى إلى آخره **قوله** لاعلامه بالحكم أي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لأن القضاء بالنكول مجتهد فيه فإن عند الشافعي رح لا يحكم بالنكول بل يرد اليمين إلى المدعى * (قوله)

قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا النكر اذ ذكره الخصاف رح لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابداء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكما بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من عرش او خرس هو الصحيح **قال** وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفى في الابلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان فصورة الاستيلاء ان تقول الجارية انا ام ولد مولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه

قوله فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروى عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاء في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم ان كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعى على دعواه لان الاعتبار يمين فاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير فاطعة وان كان الاستحلاف الاول من القاضي لا تخلفه ثانيا وكذا الواصلح على ان المدعى لو حلف فالدعى عليه ضامن للمال وحلف والصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه **قوله** ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة الى آخره وصورة ذلك بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت المرأة ذلك او ادعت المرأة النكاح وانكر الرجل او ادعى الرجل بعد الطلاق وانتضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج او ادعى الزوج بعد انتضاء (مدة)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

فكان اقرارا او بذلا عنه والاعتراف يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تدرى بالشبهات واللعان في معنى الحد ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى انه بذل

مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج او ادعى مجهول النسب انه عبدة او ادعى ذلك على المجهول او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او ولاء المولاة او ادعى على رجل ان المدعى عليه ولده او وائدة او ادعت الامة على مولاه انها ولدت منه هذا الولد او ادعت انها ولدت مندوبا وقد مات الولد وانها ام الولد له عند ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف المكفر في هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يتقضى بالنكول وفي الاستيلاء لا يتصور الطرف الاخر لان المولى اذا اقر به يصح اقراره ولا حاجة الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم وصورته اذا ادعت المرأة على زوجها انه قد فادها فوجب اللعان وانكر الزوج لا يستحلف لان موجب قذف الزوج زوجته معتبر كموجب قذف الاجنبي وفيه لا يتقضى بالنكول هذا مثله لان كل واحد منهما يدرى بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال من التحجيم كتاب القضي الى القاضي والشهادة على الشهادتين وشهاد رجل وامرأتين ولا يعمل فيه البذل والاباحة *

قوله فكان اقرار او بذلا عنه اي خلفا عن الاعتراف جاز ان يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول بالاعتراف والنكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الاعتراف لوجوب قطع الخصومة بالاعتراف او باليمين وانما يلزم القطع بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الاعتراف بقدر الحاجة على الخصوص الا ترى انه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه واما الاعتراف فحجة لا لوجوب قطع الخصومة عليه حتى لو اقر في غير مجلس القضاء او قبل الدعوى صح واذا كان كذلك يجعل النكول في ما وراء الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه وبدل على ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد (ثم)

لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصبر كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف

ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل من اليمين ورد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا من كل وجه للزوم النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك فان قيل الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل قلنا انه وان كان كالاقرار فهو امر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله فيه فعليه ان يخرج منه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل بضمن ويرجع به على الموكل فاما اذا اقر فهو شيء لزمه باختياره الاقرار فانه كان يتقصى عن الدعوى بالسكوت والنكول كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به فان قيل يشكل على ما قالنا مسئله ذكرها في المبسوط وهي ان الرجل اذا قال كفلت لك بما يتركك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فتقضى القاضي بنكوله لا يتقضى بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا للقضى به قلنا انهما يقولان ان النكول بدل عن الاقرار وليس باقرار ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الاقرار ولا يخففه روح انه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مفسر بالهبة والتملك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح *

قوله لان معه لا يبقى اليمين واجبة اي مع البذل لحصول المقصود اي حصول ما ادعاه المدعي **قوله** وانزاله باذلا اولى جواب لما يقال ان اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الاقرار فلم جعل ابو حنيفة روح البذل اولى ولم يجعله اقرارا كما جعله فقال انزاله باذلا اولى لان الوهم لنا على الاقرار لكذبنا في الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة (بلا)

(كتاب الدهوي باب اليمين)

الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حق نفسه والبذل معناه هنا ترك المنع وامر المال هين * **قال** يستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيء ان الضمان ويعمل فيه النكول والتقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان *

قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب والبذل لا يجري في هذه الاشياء فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها وكذا لو قال لست بابن فلان ولا عولي له بل انا حر الاصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فابحث له ان يدعيه وكذا لو قال انا حر الاصل ولكن ابذل له نفسي ليسترقني لا يعمل بذله اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابيعه وابذله له لا تخاص من خصومته صحيح بذله فاتحاصل ان كل محل يقبل الا باحد الاذن ابتداء يقضي عليه بنكوله وما لا فلا *

قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والمأذون لانهم لا يملكان البذل وانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لتطع الخصومة فلا يجد ان بدا منه فيملكه كاضيافة اليسيرة **قوله** وصحته في الدين بناء على زعم المدعي جواب لان يقال لو كان النكول بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة فاجاب ان البذل هنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع لهوامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان (فجاز)

وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حتهما **قال** ومن ادعى قصاصا على غيره فمجده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقرو هذا عند ابي حنيفة روح وقالوا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس قال القاضي فخر الدين رحمه الله في الجامع الصغير والفتاوى على قولهما وتيل ينبغي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بتولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه آخذا بقوله كذا في الوكيل بالخصوصة فان قيل وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليل على انه اقرار لا بذل لان البذل يسمح الاخذ للمدعي ولكن لا يلزم القاضي ان يقضي به كاصلح على الانكار قلنا ان كان البذل صريحا فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي وما اذا كان نكولا فهو بذل بحكم الشرع لما ان المدعي يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا نازعه المنكر بيدة او بذمته والمدعى عليه ابطله بالزعة والشرع ابطله الى اليمين ثم لما منع المنكر اليمين عاد الامر الى الاصل بحكم الشرع فبذل المدعي قطع مزاعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لا يمكنه استيفاء منه جبرا فانقل بحكم الشرع الى الاصل *

قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث اذا قال المدعي انه اخو المدعى عليه لايه وان اباها مات وترك مالا في يد المدعى عليه والحجر في اللقيط اذا قال المدعي هذا الصبي الذي التقطته اخي ولي ولاية الحجر عليه وانكر ذواليد والنفقة اذا قال المدعى وهو زمن انه اخو المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعي اخاه وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب (له)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي
العمد ولا يبي حنيئة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف
الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة
وهذا البذل مفيد لا ندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد لا كذوق السن للوجع فاذا امتنع القصاص
في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في التسمية * واذا قال المدعي لي بينة حاضرة
قبل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة
عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا عندنا لان فيه نظرا للمدعي

له انا اخوك فانه يستحلف المدعي عليه على ما يدعي من النصب بالاجماع ولكن
ان نكل ثبت ما ادعى من المال او الحق لا النسب *

قوله خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه الاصل امتناع القصاص اذا كان
لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له
القصاص لا يجب على المدعي عليه شيء لا القصاص ولا المال كما اذا اقام مدعي القصاص
على ما ادعى رجلا زامرا تين او الشهادة على الشهادة وكما اذا ادعى الولي الخطاء والقاتل العدد
واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه يجب الدال كما اذا اقر بالخطاء والولي
يدعي العدد **قوله** ولا يبيحنيئة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيه البذل
فان قبل لمقطع الطرف وكان عندا يبيحنيئة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال كان ينبغي
ان يجري الاستحلاف في قطع السرقة ايضا ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص
الاطراف فلما قطع في السرقة خالص حق الله تعالى جزاء فلا يثبت مع الشبهة اما القصاص في
الطرف فحق العبد الذي يسلك به مسلك الاموال فقول مقابلة الاموال في ثبوته مع الشبهة *

قوله واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قبل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك وله ان يطلب وكيفا
حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيتضي عليه وان اعطاه وكيفا له ان يطالبه (با)

وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحلل بينه وبين اشغاله فصيح التكفيل باحضاره *

قال والتقدير بثلاثة ايام مروني عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لابد من قوله لي بيته حاضرة للتكفيل ومعناه في المصريح حتى لو قال المدعى لا بيته لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا امر بملأ زمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلزم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فلا استثناء منصرف اليهما لان في اخذ التكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرار ابدية بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر انشاء الله تعالى *

بالتكفيل بنفس الوكيل فاذا اعطاه كفيل بنفس الوكيل له ان يطالبه بكفيل بنفس الاصيل اذا كان المدعى دينان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيل بالمال له ان يطلب كفيل بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون ايسر وان كان المدعى منفولا له ان يطالبه مع ذلك بكفيل بالعين ليحضرها لا يغيبها المدعى عليه وصح ان يكون الواحد كفيل بالنفس وكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما *

قوله وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصده الاختفاء كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا **قوله** وهو الصحيح وعن ابي يوسف رح مقدر بمجلس القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء التكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرأ نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء التكفيل **قوله** فلا استثناء منصرف اليهما في اخذ التكفيل والملازمة والله اعلم * (فصل)

(كتاب الدعوى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

واليمين بالله دون غيره لقوله ع م من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال ع م من حلف بغير الله فقد اشرك وقد يؤكّد بذكر أوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قولك فل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي أدعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار أن شاء غلط وإن شاء لم يغلط فيقول فل بالله أو والله وقيل لا يغلط على المعروف بالصّلاح ويغلط على غيره وقيل يغلط في الخطير من المال دون الحقير **قال** ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ع م والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ع م لقوله عليه السلام

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

قوله إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والاحتياط أن يذكر بغيره أو فلو ذكر والله والرحمن والرحيم بالوأوات صارت ثلاثة إيمان والمستحق يمين واحدة **قوله** وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وفي الفصول أن القاضي إذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يتضي عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا وفي الخلاصة ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في فناواه وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق ففي ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية (قوله)

لابن صور يا اعيور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى عم ان حكم الزنا في كتابكم
 هذا ولان اليهودي يعتقد بنبوته موسى عم والنصراني بنبوته عيسى عم فيغلظ على كل واحد
 منهما بذكرا المنزل على نبيه * ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رح
 في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاص رح
 انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكرنا
 مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة *
 والوثني لا يحلف الا باللان الكفرة باسره يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى واثن سائتهم
 من خلق السموات والارض ليقولن الله * ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي
 لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك * ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان
 المتصور تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي الجواب ذلك حرج على القاضي
 حيث يكلف حضورها وهو مدفوع **قال** من ادعى انه ابتاع من هذا عبدا بالف فجدد استحلف
 بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بيعت لانه قد يباع العمن ثم يقال فيه * ويستحلف
 في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ
 بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى
 الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقه لان النكاح قد يجدد
 بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب ينضر المدة على عليه
 وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اما علي قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
قوله لابن صور يا ذكر في المغرب ابن صور يا بقصر اسم اعجمي **قوله** بل هو ممنوع عن ذلك
 لما في ذلك تعظيم تلك البيوت ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان
 وقال الشافعي رح ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا
 يختص بالمكان فيبين الركن والمقام ان كان يمكنه وعند منبر النبي عليه السلام في المدينة
 والمسجد الجامع في غيرهما والمسجدان لم يكن ثمه جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة (قوله)

الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل بنظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالْحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراعه اراد على شعبة البحار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتدة فينفوت النظر في حق المدعى وان كان سببا يرتفع برافع التحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا دعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الذافر لانه يكره الرق عليها بالادلة الحاق عليه بنقض العهد الحاق ولا يكره على العبد المسلم **قال** ومن ورث عبدا وادعه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له به صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة **قال** ومن ادعى على الآخر ما لا فائدة في يمينه او صا احد منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ما ثور عن عثمان رضي وليس لمان يستحلف على تلك اليمين ابد الا ان اسقط حقه والله اعلم *

قوله الا اذا عرض بما ذكرنا اي عرض المدعى عليه والتعريض ان يقول للقاضي حين اراد ان يستحلفه على السبب وقال له قل والله ما بعث ايها القاضي البيع قد يقال وكذا في اخواته بان يقول الغصب قد يفسخ بالهبة او البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يحدد بعد الابانة **قوله** اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة يرد به ان الشراء سبب يثبت باختيار المشتري ومباشرة ولو لم يعلم المشتري بان ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره **قوله** ولا علم له بما صنع المورث وذكر فخر الاسلام رح في الجامع الصغير المشتري والموهوب له مال كسبب شرعي وضع له وهذا يفيد علمه بانه ملكه لا ملك غيره فصحة تحليفه بالبتات فان ابى فقد امتنع (عما)

* باب التحالف *

وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه وأقر البائع
 بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها لأن الجانب الآخر
 مجرد الدعوى والبينة أقوى منها * وإن أقام كل واحد منهما بيته كانت البينة المبنية للزيادة
 أولى لأن البيئات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً
 فبيته البائع أولى في الثمن وبيته المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات وإن لم يكن
 لكل واحد منهما بيته قبل للمشتري أما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والافسحما
 البيع وقيل للبائع وأما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والافسحما البيع لأن المتصور قطع
 المازعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذلعلما به يتراضيان * فإن لم يتراضيا استخلف
 الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لأن
 البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع
 ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فتحلف للقبض لأن المشتري لا يدعي
 شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه
 لكنهما وقفاً بالنص وهو قوله عم إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها لخالقها أو يبتدىء
 يمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف رح آخره وهو رواية عن أبي حنيفة رح وهو الصحيح
 لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن أولاً لأنه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن

عما هو مطلق له فصار باذلاً فاما الوارث فلا علم له بما صنع المورث فطوبى بعلم أن كان له وإذا
 لم يفعل مع الامكان صار باذلاً وذكر الامام اللامشي رح أن في كل موضع وجبت اليمين
 على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر
 ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يستقط عنه الحلف على العلم
 ولو نكل عنه يقضي عليه لأن الحلف على البتات أقوى والله اعلم بالصواب * (باب)

ولو بدئ يمين البائع متأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان
 ابو يوسف رح يقول اولاً بيد أيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
 فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر وائل فائدة التقديم * وان كان بيع عين بعين
 او ثمن بثمن بدئ القاضي يمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع
 بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالعين وقال في الزيادات يحلف بالله
 ما باعه بالف ولقد باعه بالعين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالعين ولقد اشتراه بالف
 يضم الاثبات الى النفي تأكيداً والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك
 وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً * .

* باب التحالف *

قوله ولو بدئ يمين البائع متأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لانه
 يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدة اولى
قوله وائل فائدة التقديم ان النبي عليه السلام جعل القول قول البائع وهذا يقتضى
 الاكتفاء بيمينه فان كان لا يكتفى بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه **قوله** يضم الاثبات
 الى النفي تأكيداً لانه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالعين ربما يحلف ويكون
 باراً في يمينه فلعله اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف
 بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز ان باعه بالف ودرهم ويكون صادقاً في يمينه انه
 لم يبيع بالف درهم فيبطل حق المدعى والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت
 للنفي دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً ولا عبرة بذلك لوهم لان البائع
 لو كان باعه بالف وتسعمائة لا يدعى البيع بالعين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه
 لا يبالى بالحلف لانه لا يحنث في يمينه وكذا المشتري لو كان اشتراه بالف ودرهم لا يدعى
 الشراء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالى بالحلف على الف لانه لا يحنث في يمينه (قوله) .

قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا يفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البطل يبقى بيعا بلا بطل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد * وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بشوته **قال** وان اختلف في الاجل او في شرط الخيار او في استثناء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعتود به فاشبه الاختلاف في الخط والابراء وهذا لان باعده امه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعده ضيه والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يشبان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض **قال** فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على تينة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه

قوله فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلباه او طلب احدهما وقيل يفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بشن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة **قوله** لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعتود به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما في ما يثبت به البيع والمبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان الموجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن قلنا الاجل ليس بوصف للثمن (الا

(كتاب الدعوى باب التحالف)

او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولا يحنيفة وايوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه ينفي الى النسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتداع العقد فلم يكن في معناه

الاترى ان الثمن موجود بعد مضيه الثمن موجود بعد مضي الاجل محذوف من غير تفاوت ولو كان الاجل وصفا للثمن لتغير حق البائع بفوات رصنه تحقيقه ان الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان الاجل وصفا للثمن لكان تابعا لصلته في الاستحقاق *

قوله او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب وبان زاد زيادة متصلة او منفصلة **قوله** وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا الاترى انهما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان بان ادعى احدهما الدراهم والاخر الدينارين ويلزم المشتري رد القيمة **قوله** وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط ولا يلزم اطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويتراد ان لان الامر بالتراد دليل قيام السلعة ان هو تفاعل من الرد فيستدعي الرد من الجانبيين ولا ذلك الا بقيام السلعة وليس المراد به ترادا العقد لانه لا يتصور ذلك مع ان المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد فالمطلق محمول على المقيد **قوله** فلم يكن في معناه لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل النسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف ان النسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

ولانه لا يبالى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن ديناً فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل **قال** وان هلك احد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك

قوله ولانه لا يبالى بالاختلاف في السبب جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه اي لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع وصار بمنزلة اختلافهما في الف والقبين بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار الاختلاف السبب كان ينبغي ان لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشتري حتى لو كان جارية حل للمشتري وطئها فلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به **قوله** انما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد هذا ايضا جواب عن قولهما انه يفيد دفع زيادة الثمن اي فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته **قوله** فان كان عينا يتحالفان يعني اذا اختلفا في قدرة وبتراوان على البدل القائم وان اختلفا في كون البدل ديناً او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان كان البائع ادعى انه كان عينا وادعى المشتري انه كان ديناً لا يتحالفان والقول قول المشتري **قوله** وان هلك احد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله به (١)

وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابى حنيفة ر ح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف ر ح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد ر ح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهاك البعض اولى ولا يبيوسف ر ح ان امتناع التحالف للهالك فيتقدر بقدره ولا يبيحيفه ر ح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بقوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الاعلى اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالخزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريب بعض المشائخ ر ح ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسر التحالف على قول محمد ر ح ما بيناه في القائم واذ اختلفوا لم ينفقا على شيء فادعى احد هما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما وبأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابى يوسف ر ح

اذا هلك احد هما بعد القبض وفي الجامع الصغير التمر تاشي فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفنا في موتها وموت احد هما في الزيادة لوجود الانكار من الجانبين *

قوله وفي الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيهما مع يمينه وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ الجامع الصغير يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك لم يتحالف **قوله** ان يرضى البائع (١)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشترىتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بيعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك

ان يترك حصة الهالك اصلا اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يكن الاعلى القائم فيتخالفان هذا تخريج بعض المشائخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف وقالوا اي قال هؤلاء ان المراد بقوله في الجماع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري ولا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف وقال الامام الكسالي رحمه الله يأخذ البائع في حصة الهالك من المشتري ما يقربه المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري وقال مشائخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري معناه ان البائع يأخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتخالفان عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري مع اليمين الا ان يأخذ البائع الحي صلحا ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري *

قوله والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشترىتهما بما يدعيه البائع قال بعضهم يقسم الثمن على قيمة العبدین فما يخص الحي الف مثلا على زعم البائع وخمسائة على زعم المشتري يحلف المشتري بالله ما اشترىته بالف ويحلف البائع بالله ما بيعته بخمسمائة كما يدعيه المشتري واذا حلفا يفسخ العقد في الحي ثم يحلف المشتري على حصة الهالك فان نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما اقر به دون الزيادة والصحيح انهما يتخالفان (على)

ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما ما فينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبد بن وقبضهما ثم ردا احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده بحسب عليه فمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما ردة وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر

على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بالفى درهم يصدق في يمينه انه ما اشترى احدهما بالف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول *

قوله ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وذكر في النهاية فان قيل لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام الثمن وعلى قياس مسائل الزيادات كان ينبغي ان يعتبر قيمتهما يوم العقد كما قال محمد رحمه الله يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدین ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل اورده على كل تحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يحائل لي بعد طول التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فيجب اعتبار قيمة يوم العقد فيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تغذر الفسخ في الهالك لمكان الهالك لم تغذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب (١)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهراً لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العائدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة (فلهذا كان القول قوله) وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعي ظاهراً فلهذا تقبل بينته ايضاً ويرجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف **رح قال** ومن اشترى جارية وقضها ثم تغايلها ثم اختلغا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص

اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض في بعض الفوائد ثم في الكتاب اعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض لانه يبيع بلا ثمن او بثمن مجهول والبيع الفاسد كالغصب من حيث ان كل واحد منهما مضمون بالقيمة *

قوله وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهراً لاثباته الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة قلنا الذي وقع الاختلاف فيه قصد اقيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمناً للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصداً فكانت احق بالاعتبار والفقه فيه ان في البينات يعتبر الظاهر لان الشهود لا يقفون إلا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم والبائع يدعي ظاهراً فلهذا يقبل بينته ثم صارت بينته اولى لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشتري وفي الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العائدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر على الحقيقة والبائع منكر حقيقة فكان القول قوله مع بيمينه **قوله** وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله اي هذا هو الفقه في ان جعل ابو يوسف **رح** القول قول البائع في قيمة الهالك والبينة بينته ايضاً فيما اذا اختلفا في قيمة الهالك بعد التحالف عنده *

(قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه ورد في البيع المطلق والافالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافق على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري * **قال** ولو قبض البائع المبيع بعد الافالة فلا تحالف عندا يحنيفة وابيوسف رح خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا **قال** ومن اسلم عشرة دراهم في كرخطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الافالة في باب السلم لا تحتمل النقص

قوله لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والافالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق التحالف فلا يكون النص الوارد في البيع المطلق واردا فيه وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع المبيع بعد الافالة **قوله** ولهذا نقيس الاجارة ايضا لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف الموجد والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشتري استهلك على البناء للمفعول وههنا عبارة اخرى وهي فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري قبل هكذا كانت على حاشية نسخة توبلت بنسخة المصنف رح وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي فائضة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه **قوله** لانه يرى النص معلولا بعد القبض اي قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراد معلول لوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالعين فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت بين ان يكون المبيع في يد البائع ثم وقع الاختلاف او في يد المشتري ثم وقع الاختلاف ولما كان النص عند معلولا تعدى حكمه من البيع الى الافالة وان كان بعد قبض البائع بعد الافالة (قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الاترى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فردّه بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما *

قال، اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فاليهما اقام البينة تقبل بينته لانه نورد عواذ بالحجة فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة

قوله لانه اسقاط فلا يعود السلم لان المعقود عليه في السلم قد سقط بالاقالة والتحالف شرع للفسخ وفسخ الاقالة في السلم لا يتصور لا استحالة عود المعقود عليه الى ذمة المسلم اليه ولو انفسخ الاقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعد السقوط والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود برأس المال لانه دين فاما المعقود عليه بعد الاقالة في البيع باق لانه عين فيكون التحالف مفيد الحكمه وهو الفسخ الاترى ان رأس المال لو كان عرضا بان اسلم ثوبا في كرحظة وردّه بالعيب بعد قبضه والمراد من الرد هنا اختيار الرد ورد البيع بالتراضي أو حكم القاضي يعني اختيار الرد الى رب السلم وهلك الثوب قبل التسليم لم يعد السلم لما ان المعقود عليه قد سقط وبمثله لو اشترى عرضا وردّه بالعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك في يده عاد البيع وفي الفوائد فرق بينهما بوجه آخر وهو ان الاقالة في باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما في بيع العين اذا تقابلا قبل قبض المبيع والتمن مدفوع الى البائع ثم اختلفا في مقدار الثمن لا يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه لان الاقالة في هذه الحالة فسخ من كل وجه والتحالف عرفت شرعيته في العقود دون الفسوخ والاقالة في بيع العين بعد القبض اعتبرت فسخا فيما بين المتعاقدين واعتبرت بيعا جديدا في حق التحالف وكذا في باب السلم لو حصلت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم امكن اعتبارها بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فيتحالفان ايضا فان قيل الاقالة بعد قبض المبيع في بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فاما في حقهما وما كان من حقهما اعتبرت فسخا (الا)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته * وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ربح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل فضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر فضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فضي لهما بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولاً ثم التحكيم وهذا قول الكرخي ربح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا تقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد ربح

الا ترى ان هذا القبض لما كان من حقهما اعتبرت الاقالة في حق القبض فسخاً فيما بينهما حتى ان البائع لو باع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل انهما لو تركا ترك واذا كان فسخاً في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف عرفت شرعيتها في العقود لا في الفسوخ الا ترى ان الفسخ لو حصل بخيار الرؤية او بخيار الشرط او بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض والتمس منقود ثم اختلفا في مقداره لم يتحالفا قبل له الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع لانما هو والتحالف وان كان حقهما فليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه فيعتبر بيعاً جديداً في حقه كما في حق الثالث ولا تعتبر فسخاً كما في الاجل فان من له على آخر دين مؤجل فاشترى به عبداً ثم تقابلا العقد لا يعود الاجل لانه ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعدد اعتباره بيعاً في حق الثالث لانتهاء الرضاء وكذا اذا كان الرد بالعيب بقضاء *

قوله معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته اما اذا كان مهر مثلها ما ادعته او اكثر مما ادعته فبينة الزوج اولى لان بينة الزوج تثبت الحط وبينة المرأة لا تثبت شيئاً لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل **قوله** ولكن يحكم مهر المثل استدراك عن قوله ولا يفسخ النكاح **قوله** ولهذا تقدم (ان)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري وتخرج الرازي رح بخلافه وقد استقصينا في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف رح فلا نعيدة ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالنراضي ولم يوجد فوجبت القيمة * وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه بحالفا وترادا

ان التحالف في الوجوه كلها اي فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة واكثر منه او كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبي الحسن الكرخي رح لانهما اتفقا على اصل التسمية فكانت التسمية صحيحة في اصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلف تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان لم تكن فيحكم مهر المثل وهذا قول أبي الحسن الكرخي رح *

قوله تعجيلاً لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمين عليه **قوله** وتخرج الرازي بخلافه فانه لا يقول بالتحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهداً لـ احد هما بان يكون اكثر مما اقر به الزوج واقل مما ادعته المرأة وما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج او اقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقوله المرأة او اكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل همنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان قيل يشكل على هذا المتبايعان فانهما اذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل ما يدعيه احدهما لا يعتبر قوله وان كان الظاهر شاهد القضاة هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها هنا بطلاق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بطلاق العقد وهذا هو الفرق بينهما **قوله** وذكرنا خلاف أبي يوسف رح فعنده القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكم مهر المثل لان المرأة تدعي الزيادة والزواج ينكر (فكان)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر
والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلاهما قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف
في الاجارة يبدأ يمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجارة * وان وقع في المنفعة يبدأ
يمين المورجا فيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت واوقاماها فبينة المورج
لو ان كان الاختلاف في الاجارة وان كان في المنافع فبينة المستأجر ولو ان كان فيهما
قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا اشهر بعشرة والمستأجر
شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة **قال** وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول
قول المستأجر وهذا عندنا بخصيفة وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لان له قيمة تقوم
مقامه فيتحالفان عليه لو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تقوم بنفسها بل
بالعقد وتبين انه لا عقد واذ اذ امتنع فالقول للمستأجر مع بيمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا
بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي فكان القول في الماضي قول
المستأجر لان العقد ينقضي ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها
بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل *

فكان القول قول المسكر كما في سائر الدعاوي وانما عرفنا التحالف منهما في البيع وفي مبادلة المال
بالمال نصا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيره فكان القول قول الزوج مع بيمينه الا ان يأتي
بشيء قليل يسير مستنكر جدا وفي تفسير ذلك روايتان عن ابي يوسف على ما مر في النكاح *

قوله معناه اختلفا في البدل اي في الاجارة او في المبدل اي في المعقود عليه وهو المنافع
بان ادعى المورج اجره شهر او ادعى المستأجر اجره شهرين **قوله** على ما مر
اشارة الى ما قال في اول هذا الباب لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر الى آخره
قوله وتبين انه لا عقد فمحظوران لا قيمة للمنفعة واذ كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا (١)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رة وقال يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجماع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولا يبي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء قبله لامقابلة فبقي اختلفا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان * واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة لان الظاهر شاهده * وما يصلح للنساء كالوفاية فهو للمرأة لشهادة الظاهر لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف بالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وانه انفع للاجير ولانه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شيء للاجير *

قوله وهو سالم للعبد اي البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد لا تناف المولى والمكاتب على ثبوت الكتابة فلا يدعي على المولى شيئا فلا يكون المولى منكر وانما ينقلب البدل مقابلا للعتق عند الاداء قبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار فكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق وان اقام البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة بينته الا انه اذا ادعى مقدار ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحر به لنفسه عند اداء هذا المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة مالوكاتبه على الف درهم على انه متى ادعى خمسمائة عتق وهذا لانه لا يبعد ان يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو ادعى بدل الكتابة بمال مستحق يعتق وبذل الكتابة عليه بحاله **قوله** فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان (و)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه يعارضه ظاهر أقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفقرة * فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحى دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهرة فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل اولورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث *

والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل اي القول فيها قول الزوج مع اليمن الا اذا كانت المرأة يبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والمحفة والحلي فهو للمرأة اي القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صانعا او يبيع ثياب النساء وما يصلح لهما كالأغرش والامتعة والاواني والرفيق والمنزل والعتار والمواشي والنقود فالقول للزوج فيه ايضا لان المرأة وما في يد هاني يد الزوج فكان الاموال كلها في يد الزوج *

قوله لانه يعارضه ظاهر أقوى منه وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابس والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى **قوله** وقال ابو يوسف رح حده الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها اي من المشكل **قوله** ثم في الباقي اي فيما يصلح للرجل وفيما وراء ما يجهز به مثلها لا معارض لظاهر الزوج فيعتبر لقوة يده على يد هالا انه قوام عليها والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح حده الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل اولورثته لما قلنا لابي حنيفة رح حده الله وهو قوله لان المرأة وما في يد هاني يد الزوج الى آخره والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث فالحاصل انه لا خلاف فيما يصلح للرجال انه للرجل في الطلاق ولوارثه (بعد)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحرفي حالة الحيوة لان يد الحرافوي وللحي بعد الممات
لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالوا العبد الماذون له
في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما ايدا معتبرة في الخصومات *

بعد موته وكذا ما يصلح لها وما فيما يصلح لهما لا خلاف بين ابي حنيفة ومحمد رح انه للزوج
في الطلاق وبعد موت الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله للمرأة وعند محمد رح لوارث الزوج
وعند ابي يوسف رحمه الله من المشكل ما يجهز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حيوته
وبعد وفاته لوارثه وكذا بعد وفاتها ما يجهز به مثلها من المشكل لوارثها وفي هذه المسئلة سبعة اقوال
اما اقوال علماءنا الثلاثة فما ذكر وقال ابن ابي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج
ان كان حيا ولو رثته ان كان ميتا وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على
المرأة من ثيابها وقال زفر رحمه الله المتاع كله نصفان بينهما اذا لم تقم لواحد منهما بينة
وهو قول مالك واحد قولي الشافعي رح وفي قول آخر للمشكل بينهما نصفان وعلى قول
الحسن البصري رحمه الله ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج
من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع له *

قوله وان كان احدهما مملوكا اي سواء كان محجورا او ماذونا فالمتاع للحرفي حال الحيوة
عند ابي حنيفة رح لان يد الحرافوي لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وللحي
بعد الممات حرا كان او عبدا لانه لا يد للميت فيثبت يد الحي بلامعارض هكذا وقع في عامة
نسخ الجامع الصغير وذكر شمس الاثمة رح في جامع الصغير ووقع في بعض النسخ للحي منهما
وهو سهو وفي رواية محمد رح والزعفراني للحر منهما بالراء وقالوا المكاتب والماذون كالحر
لان لهما ايدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هوني ايديهما يقضى
به بينهما لا استوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضى به للحر لانه لا يد له وفي المحجور
جوابهما كجواب ابي حنيفة رحمه الله في مطلق المملوك والله اعلم *

(فصل)

* فصل فيمن لا يكون خصما *

واذا قال المدعي عليه هذا الشيء اود عنه فلان الغائب اورثته عندي او فصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيان نبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالموكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهريده فهو باقراره يرد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتمل من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتمل لا يبطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله *

* فصل فيمن لا يكون خصما *

قوله اود عنه وكذا اذا قال اعارني او وكلني بحفظها او آجرني وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغير لعدم الخصم وهو ليس بخصم في اثباته لانه لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بغير رضاء ثم خروجه من الخصومة في ضمن اثبات الملك لغيره واذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحابة تثبت في ضمن البيع فيبطلان البيع تبطل الوصية وقال ابن ابي ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة في ما يقربه على نفسه فيثبت ما اقربه بمجرد اقراره وتبين ان يده يد حفظ **قوله** كما بينا من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة **قوله** كما اذا ادعى تحويل الدين اي الحوالة فصار كما اذا اقام البينة انه احل بالدين على آخر كذا في شرح الاقطع (و)

(كتاب الدعوى ... باب التحالف ... فصل فيمن لا يكون خصما)

ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تدفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما حاله الى معين لممكن للمدعي اتباعه فلما تدفعت لتضرره المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح اللوجه الثاني وعند ابي حنيفة رح تدفع لانه اثبت بينته ان العين وصل اليه من جهة غير حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده دون المدعي عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة * وان قال ابتغته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تدفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل * وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعني فلان واقام البينة لم تدفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو استحسان وقال محمد رح تدفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ماله بسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده

وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل معروفا بالحيل لا تدفع عنه الخصومة * **قوله** وقال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي لا نعرفه اصلا بوجهه ولا باسمه ونسبه ولو قالوا نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تدفع الخصومة عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رحمه الله تدفع وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى فان الخمسة من العلماء فيها قولان كما ذكرنا وهي خمس مسائل وهي ما اذا قال هذا الشيء لفلان الغائب عندي وديعة او عارية او اجارة او رهنا ومضيا **قوله** لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه وهو الغصب لا بيده الا ترى ان دعوى الغصب كما يصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد حتى ان من (ادعي)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

الا انه لم يعينه درءٌ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة السرفصار كما اذا قال سرقتم بخلاف
 الغصب لان الحد فيه فلا يحترز عن كشفه * وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب
 اليد اودعني فيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما لما توافقا على ان اصل الملك فيه
 لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة
 ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت بينته كونه احق بامساكها والله اعلم *

* باب ما يدعيه الرجلان *

قال * واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقام البينة قضي
 بهايينهما وقال الشافعي رح في قول نها تترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدي البينتين
 كاذبة ييقن لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة

ادعى على آخر انه غصب عبده وليس في يده عبد صحت دعوته ويلزمه القيمة *
قوله الا انه لم يعينه درءٌ للحد لانا اذا جعلناه سارقا لا تدفع الخصومة عنه ويقضي القاضي
 بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك لا ييقن لا يقطع يده لانه ظهرت سرقته بعد وصول
 المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا تدفع الخصومة عنه ولا يقضي بالعين للمدعي
 فمتى ظهر السارق بعد ذلك ييقن يقطع يده لانه ظهرت سرقته قبل ان يصل العين الى المالك
 فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان والله اعلم *

* باب ما يدعيه الرجلان *

قوله اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقام البينة قضي بهايينهما انما
 وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في نكاح امرأة واقام كل واحد منهما بينة
 انها امراته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت
 بين الخارج وصاحب اليد واقام بينة فبينة الخارج الاولى وفي احد قولي الشافعي رح (نها)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وقد تعذر التمييز فينها تران اوبصار الى القرعة لان النبي عم اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديت تميم ابن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله عم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بهما بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احد هما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان. فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاسئوا لهما في سبب الاستحقاق فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك

تهاترت البيتان ويكون المدعى لذى اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر يرجح بينة ذى اليد بقضى به لذى اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيحكي ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله تهاترت البيتان تركا اي تساقطت وبطلت مأخوذ من الهתר بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه كذا في المغرب وقال مالك رحمه الله يقضي باعدل البينتين وعند الاوزاعي رحمه الله يقضي باكثرهما عددا في الشهود *

قوله وقد تعذر التمييز فينها تران كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخر انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن اولي واستدل بملك النكاح لوتنازع اثان في امرأة واقام كل واحد منهما البينة انها امرأته لم يقض القاضي لواحد منهما **قوله** اوبصار الى القرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب ان الرجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله عليه السلام واقام كل واحد منهما البينة انها امة فاقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بهما لمن خرجت قرعته **قوله** وحديث القرعة كان في الابتداء اي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمته القمار لان (نعين)

قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولي وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضى بها لان البينة اقوى من الافرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الاخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صرح

تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكذا ان تعلب الاستحقاق بخروج القرعة يكون فمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون فمارا ايضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار بان يعتمد احدهما سبب الملك كالشراء وما اشبهه والاخر ايد فصحت الشهادتان فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة اذ لاعلم للعباد بحقائق الامور وانما يعتمد ظاهر الحال فاذا صحت الشهادتان وامكن العمل بهما لان المحل يقبل الاشتراك فقضى لكل واحد منهما بالنصف وصار هذا على مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال انسان وباع فضولي آخر من آخر واجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف كذلك ههنا بخلاف ملك النكاح فانه لا يتحمل الاشتراك وقوله ان القاضي يقين بكذب احدهما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيئا اطلق له اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسئلة مكة والكوفة على العادات الغالبة التي ينتهي عليها الاحكام *

قوله ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما حكى من ركن الاسلام علي السغدري رحمه الله انه قال لا يرجح احدي البنتين الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونهافي يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الخلاصة *

(قوله)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الان بوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذ كانت المرأة في يد الزوج وتكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الاعلى وجه السبق *

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضولين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فاعل رغبته في تملك الكل فبرده وياخذ كل الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا اختار لم يكن لأحدهما ان يأخذ جميعه

قوله فلا ينقض بما هو مثله في الظنيات فانه لا يرفع المثل بالمثل كالقياس فانه لا يرفع القياس بل هو دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثاني **قوله** معناه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو ما ان ادعى الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب **قوله** فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن فان قيل قد يتقن القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البيعتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور البيعان في وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا لطلب الشهادة فيجب العمل به بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك فيضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد *

(قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قل ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه بدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء * ولو ذكر كلا واحد منهما تاريخا فهو الاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه احد فاندفع الآخريه * ولو وقتت احد بهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت ثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك * وان لم يذكر تاريخا ومع احدهما قبض فهو أولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب البدلان الصريح يفوق الدلالة *

قوله لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه فان قيل الفسخ انما يكون ان لو كان البيع موجودا قلنا البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان استحقاق كل واحد منهما للكل ثابت نظر الى بينته وانما لا يظهر في النصف بوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل **قوله** ومعناه انه في يده اي العبد في يده معاينة في الحال وذكر في الذخيرة ثبوت البدل احد المدعين بالمعاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على القبض المشهود به وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا **قوله** لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه لان القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه اقترن بعقد الآخر لان كل واحد منهما حادث فحكم بوقوعهما معا فيتقدم عقد صاحب القبض ضرورة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وذكر البخاري انه يرجع الى النكتة الآخرة وهي قوله استويا في الاثبات لانه كما احتمل سبق التاريخ (على)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

قال وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولي لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه ثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح لمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض

على شراء ذي اليد احتمل سبق اليد على شراء المورخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشك *
قوله وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد احتريزه من ان يكون من اثنين فانهما سواء فيه ولا اولوية للشري على الهبة ح على ما يجيء بعد هذا في قوله ولو ادعى احدهم الشري من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قضى بينهم ارباعا والفرق هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات سبب الملك لنفسهما الشري اقوى من الهبة لانه عتد ضمان موجب للملك في العوضين والهبة تبرع ولان سبق ثبوت الملك بالشري على ثبوت الملك في الهبة انما يتصور فيما اذا كان الملك واحدا لما ان الشري موجب للملك بنفسه والهبة لا توجب للملك الا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء يباقي فكان هو اولي اما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحد منهما خصما عن ملكه في اثبات الملك له ولا ثم لنفسه والحجتان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهما لذلك كذا في المبسوط **قوله** ولا ترجيح باللزوم لو ادعى احدهما الهبة والقبض والاخر الصدقة والقبض واقاما بينة تضي بينهما نصفين لاستوائهما في التبرع والافتقار الى القبض ولا يرجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك (حكم)

لان الشبوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع *

قال فاذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء

حكم يظهر في ثانی الحال والترجیح انما يقع بمعنى فائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المال ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا قوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها ايضا *

قوله لان الشبوع طارئ لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه وهذه المزاحمة بعد القبض فكان الشبوع طارئا وفي المبسوط ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة واذا لم يثبت البينة فان وقتت احدي البنتين ولم يوقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث وانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقتضى بهاله وان كان في يده لم يوقت شهوده قضيت بهاله لان قبضه دليل سبق بقده وهو دليل معاين والتوقيت في حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا ان يقيم الاخر بينة انه الاول فحينئذ يكون هو اولى لاثباته الملك في وقت لا ينازعه الآخرون لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحد فقيما لا يقسم يقضى به بينهما نصفين لاسوائهما في سبب الاستحقاق وفي ما يحتمل التهمة كالدأرو نحوها يبطل البينتان جميعا اذا لم يكن فيهما ما يترجح احدهما من قبض او تاريخ لانا لو علمنا بها قضينا لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشبوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور في الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقد ينال يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشبوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها *

(قوله)

لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف رخ
وقال محمد رخ الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم
الشراء اذ الزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وان
ادعى أحدهما رهنًا وقبضًا والآخر هبة وقبضًا أو أمانة فالرهن أولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبت وجه الاستحسان ان المقبوض
بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة
بشرط العوض لانه بيع انتهاء وبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة
ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لاصورة فكذا الهبة بشرط العوض وان
اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه اثبت
انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه *

قوله لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه فان قيل الشراء
مبادلة المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بماليس بمال غير
موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء أقوى قلنا النكاح أقوى لان الملك في الصداق
يثبت بنفس العقد متأكد حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري
ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري وفيما قال محمد رخ افبات
تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت الابحجة ولا يكون عملاً بالبينتين
ايضالاً المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما
اذا تأخر الشراء وهما سواء في حق ملك العين **قوله** وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت
الملك اي لان الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبت فكانت البينة المقتبة لملك العين
اكثر اثباتاً فكان أولى **قوله** وعقد الضمان أولى وهذا لانه يثبت البدلين المرهون
والدين والهبة لا تثبت الا بدلاً واحداً فكانت اكثر اثباتاً فصار كالشراء مع الهبة * (قوله)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

قال ولو ادعى الشري من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاولى لما بينا انه اثبت في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخبر كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البنتين وقتا ولم توفت الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احد هما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحد الا انهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى تبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من بايعهم فيجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق **قال** فان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان الاولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف روح وهور رواية عن محمد روح وعنده انه لا تقبل بينة ذي اليد رجوع اليه

قوله وان ادعى الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد كأنه قيد لقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولو لو ادعى اثنان كل منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكروا من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعى الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم **قوله** وذكرا تاريخا اي سواء كان تاريخهما واحدا او كان احدهما سبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا واقاموا البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازع فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعى التلقي منه **قوله** ثم يخبر كل واحد منهما كما (ذكر)

لان البينتين فامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت ثبوتة لغيرة بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احد لهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى

ذكر من قبل وهو قوله وكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك **قوله** لان البينتين فامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك احتريزه عما اذا قامت البينتان على شراء مورخ واحد لهما اسبق تاريخا من الاخرى فلا سبق اولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فما ذكر في الهداية يشير الى انه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على ان اسبق التاريخين اولى في ذلك فقد ذكر فيه ولو ادعى الملك بالشري كل واحد منهما من رجل او من واحد وارخا واحدا اسبق تاريخا كان صاحب اسبق التاريخين اولى **قوله** متضمنة معنى الدفع وهذا لان الملك اذا ثبت في وقت ثبوتة لغيرة بعده لا يكون الا بالتلقي منه فصارت بينه ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة كبينة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعناق على الوكيل بنقلهم لقصود الوكيل عنهم ولان يد ذي اليد دلت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما وجب قبول بينته على التناج لانها وجب قبول بينته على التناج لكون تاريخه اسبق فكذا هنا **قوله** وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما فعندهما الدار لصاحب الوقت الا قدم وعند محمد يبطل التقدم ويكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذو اليد فقيما في يده ذواليد وفيما في يد صاحبه خارج فيأخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه **قوله** والمعنى ما بينا وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين (قوله)

لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولا يبي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت ييقن والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعى الشراء ولا يبي حنيفة رح التاريخ بضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتبار فضله كما اذا قام البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ *

قوله لانه اقدم لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعينا ومن لم يوقت ثبت للحال وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه **قوله** وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما يعني اذا ادعى الشراء من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر يقتضى به للمورخ وما اذا ادعى الشراء من بائعين فوقت احدهما دون الآخر قضى بينهما نصفين **قوله** ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع اي دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لو فوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنها معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال **قوله** ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى **قوله** بدليل استحقاق الزوائد اي الزوائد المنصلة والمنفصلة كالاولاد والاكساب **قوله** بضامه احتمال عدم التقدم اي يزاحمه وهذا لان الذي لم يورخ كما احتمل ان يكون متأخرا عنه احتمل ان يكون سابقا على تاريخ صاحبه اولان التاريخ ان كان يقتضى سبق لفظا (من)

قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتائج فصاحب اليد
اولى لان البينة قامت على ملائدة عليه اليد واستودا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له

من حيث اقتصار دلالة لفظ الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب
المعنى كما قال محمد رحمه الله واذا وقع التعارض بين الاحتمالين سقط اعتبار التاريخ وصار
كما لو اقاما البينة على الملك المطلق اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخفى اما ان يدعي املكا مطلقا
او شراء او ارثا وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما
وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لا يورخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما
اسبق او ارخ احدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا وقد عرف ذلك في موضعه *

قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتائج فصاحب اليد اولى
سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان
وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا
من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما ثبت استحقاق اولوية الملك بالنتائج ثبت استحقاق
الملك الثابت لذى اليد بظاهريده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج
بوجه ما كانت بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق وجه الاستحسان
مارواه ابو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ان رجلا
ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقة نتجها دابته واقام ذو اليد البينة انها ناقة نتجها دابته فقضى
الرسول عليه السلام للمذي هي في يديه ولان يد ذي اليد لا تدل على اولية الملك فهو ثبت ببينته
ما ليس بثابت بظاهريده فوجب قبول بينته ثم ترجع بيده بخلاف الملك المطلق لان هناك
لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت بظاهريده ثم انما قلنا ان ذا اليد لو اقام بينة على دعوى النتائج
بعد ما قضى للخارج يقبل بينته لان الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئا فلم يصرن ذو اليد
مقضا عليه فيسمع بينته كما يسمع بينة اجنبي آخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج (با)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رح انه تنهاتر البيئات ويترك في يده
لا على طريق القضاء *

باقامة البينة وقضي له ثم اقام صاحب اليد بينة انه لا يسمع بيئته لان الخارج بيئته استحق
على ذي اليد الملك الثابت له لظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بيئته بعد ذلك
واما قوله ان بينة الخارج اكثر استحقاقا فلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ
لانهما ثبتت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولي الا ترى
انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضي لذي اليد وان كان في
بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد قال شيخ الاسلام رحمه الله الحاصل ان بينة
ذو اليد انما ترجح على بينة الخارج على النتاج اذا ادعى الخارج الملك المطلق اذا
لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او ماشبه
ذلك واما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولي *

قوله وهذا هو الصحيح وجه الصحة هو ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين اقام كل
واحد منهما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك
في يد ذي اليد وكذلك قال ولو كانت الشاة المذبوحة في يدا احدهما وسوا فظها في يد الآخر
واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضي بها بالسوا فظ لمن في يده اصل الشاة
ولو كان الطريق تنهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده **قوله** خلافا لما
يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تنهاتر البيتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
وجه قوله ان القاضي يقن بكذب احدهما اذا تصور لتاج دابة من دابتين قلت لا معنى
لذلك لان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع
الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهر الاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار
الى التنهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتنهاتر البيتان مع ان (العين)

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على التناج عنده فهو بمنزلة اقامتها على التناج في بد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على التناج فصاحب التناج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولى الملك فلا يثبت الملك للاخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فيبينة التناج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالتناج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على التناج يقضى له الا ان يعيدها ذواليد لان الثالث لم يصرمقضا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على التناج تقبل وينقض القضاء به العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكما له ولكن لما وجد القاضي بشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الاخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا هنا وثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابيان يحلف ذواليد للخارج لان البينتين لما تها ترقا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعدما حلف للخارج وعندنا لا يحلف *

قوله ولو تلقى كل واحد منهما اي كل واحد من الخارج وذو اليد والضمير في عنده يرجع الى رجل ولذلك لو اقام البينة على ورائه او وصية او هبة مقبوضة من رجل ولد في ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه او من موصيه فيكون خصما عنه في اثبات نتاجه **قوله** لان الثالث لم يصرمقضا عليه بتلك القضية لان التملك بالتناج لا يكون استحقاقا على احد لانه تبين انه من الابتداء كان ملكا له وهو لا يتكرر فلما لم يصرمقضا عليه في تلك الحادثة يسمع بينته **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على التناج تقبل صورته ما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق نقضى القاضي بها له ثم اقام ذواليد البينة على التناج يقضى بها له وينقض القضاء الاول وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجه الاستحسان ان من يقيم (البينة)

قوله

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لانه بمنزلة النص وكذلك النسيج في الثياب الني لا تسمج الامرة كفضل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الحبوب واللبد والمرعى وجزا الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخبز البينة على النتاج بثبت اولية الملك لنفسه وان هذه العين حادثة على ملكه فلا ينصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصرد واليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي اخطأ في قضائه وان اولية الملك لذى اليد فهذا ينقض قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان قبل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفة موضع الاجتهاد قلنا اما يكون قضاؤه من اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاد بينة الخارج عليها هذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه من اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول *

قوله لانه بمنزلة النص اي اقامة البينة على النتاج بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد وهذا لانه ظهر انه قضي للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذى اليد انها نتجت عنده والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل فينتقض قضاؤه كما لو ظهر بخلافه **قوله** والمرعى اذا شددت الرء قصرت واذا خففت مددت والمبم والعين مكسورتان وقد يقال مرعى افتح الميم مخففا وهي كالصوف تحت شعرا لمعز الخراسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خرا قيل هو ينسج فاذا ابلى يغزل مرة اخرى ثم ينسج **قوله** وجزا الصوف بان اختلفا في الصوف واقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزء من غنمه فانه يقضى به لذى اليد لان الجز لا يكون الامرة واحدة فكان في معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما تنازع عليه مال مقصود **قوله** وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق والمعنى فيه ان الثوب (الذي)

والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء بينته هو الاصل والعدول عنه بخبر الساج فان لم يعلم يرجع الى الاصل **قال** وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى لان الاول وان كان ثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا الاتفاقي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاوت البيتان ويترك الدار في يد ذي اليد قال رضى وهذا عند البيخيفة وابيوسف رضى وعلى قول محمد رضى بالبيتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذوا اليد من الآخر وقبض ثم باع الذي ينسج مرة بعد مرة بجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقصه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الامرة اذا صار لذي اليد ينسجه لا يتصور ان يصير للخارج نسجه فكان في معنى دعوى الساج *

قوله والبناء والغرس وزراعة الحنطة اما في البناء بان اقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لان البناء يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى الساج وفي الغرس يقضى به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرس الثالثة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى الساج وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان اقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في ارضه فتسج بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منهما ثم يزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى الساج **قوله** فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة اي اذا كان الثوب او نحوه لا يستبين انه ينسج مرة او مرتين سأل القاضي اهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم وبني الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لاتعلمون **قوله** والعدول عنه بخبر الساج وهو ما روي ابن رجلا دعوى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ثاقته نتجتها واقام ذوا اليد (البينة)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على اقرارين وفيه انها تر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق فينبغي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيد ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد ر ح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تريا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد ر ح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول *

البينة انها ناقته نتجتها فتضى رسول الله عليه السلام للذي هي في يده *

قوله لان القبض دلالة السبق على ما مر اشارة الى قوله وان لم يذكر آثارا بخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه **قوله** ولا يعكس الامر اي ولا يجعل كان الخارج اشترى ذلك العين من ذى اليد او لائم باعه من ذى اليد لان في ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا يثبت القبض حتى يصح لان اذا زيادة على ما قامت به البينة فلا يجوز **قوله** فصار كأنهما قامتا على اقرارين لان كل واحد منهما اثبت الشراء من صاحبه والاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع وكل بائع مقر بثبوت الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة ما لو اقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك ولو كان كذلك تها تريا لاقرار ان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلاق ما لا يعرف سبق احدهما جعل كأنهما وقعا معا وفيه انها تر بالاجماع فكذا ههنا **قوله** ولان السبب يراد لحكمه فيه جواب عما قاله محمد ر ح ان العمل بالبينتين ممكن قلنا لا يمكن لانه لا يمكن القضاء ببينة ذى اليد الا بملك مستحق عليه وانه لا يفيد وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين عند امكان ثبوت موجبهما **قوله** ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تريا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد ر ح (با)

وان وقت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما
 فيجعل كان الخارج اشترى اولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما
 وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا
 بتقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق
 باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر التاريخ
 ولا دلالة التاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقاً بخلاف ما اذا لم يذكر القبض
 حيث يجعل شري صاحب اليد سابقاً وبيعه لاحقاً لدلالة التاريخ عليه وهو القبض اذ لو جعلنا
 بيع الخارج لاحقاً يلزم البيع قبل القبض واما ههنا لما ثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما
 كان بيعهما جائزاً وليس احدهما باولى من الآخر في القبول فتساوى في المتعارض فبقي العين
 على يد صاحب اليد كما كان وما ذكر في الهداية تهاتراً بالاجماع بخلاف ما ذكر
 في المبسوط وهو ان الشهود اذ لم يشهدوا بالقبض يجعل شري ذي اليد سابقاً وبيعه متأخراً
 فيؤمر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شري الخارج سابقاً وبيعه متأخراً
 لان قبضه منتزع عياناً وانقضاء قبضه دليل على سبق عتده وقيام قبض الآخر دليل تأخر
 عتده ولا نالو جعلنا عقد ذي اليد سابقاً كان قبضه فصباحاً ولو جعلنا عقده متأخراً كان
 بحق فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقدین بهذه الصفة واما عند هاتر الشهادتان
 في صورتين جميعاً وذكر في الذخيرة فاما اذا شهدوا بالعقد والقبض فانما يجعل القبض
 المعين آخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا ثبت عقيب عقد يحال به على ذلك العقد
 لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما يحال به على ما ظهر من السبب لا على
 غيره ولان اي الشرائين قد منافي هذه الصورة يصح العقدان فيقدم شري الخارج حتى
 لا يحتاج الى نقض القبض المعين بالشك وفي الجامع الكبير مثل ما ذكر في المبسوط
قوله وان وقت البينتان في العقار قيد بالعقار ليظهر نمرة الخلاف كما ذكر
قوله وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليدي بالاجماع (قوله)

يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل اليه بسبب آخر **قال** وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامّة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلة بل بقوة فيها على ما عرف **قال** وإذا كانت دار في يد رجل أدعها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأما البينة فلصاحب الجميع ثلثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة ربح اعتبار الطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهم في النصف الآخر فينصف بينهما وقالاهي بينهما اثلاثا فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاذ ولهذا المسئلة نظائروا ضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات *

قوله يقضى للخارج في الوجهين أي سواء شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء عند الأوزاعي يقضى لأكثرهما عدد لأن القلب إلى قول الأكثر أميل وعند مالك ربح يقضى لأعدل البينتين لأن الشهادة إنما صارت حجة بالعدالة والأعدل في كونه حجة أقوى فكان أولى ولنا أن الترجيح لا يقع بكثرة العلة حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر ولا الآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه أما إذا كانت إحدى الآيتين تحتمل التأويل والأخرى لا تحتمل فكان غير المحتمل أولى لأنه لما لم تحتمل التأويل كان مفسرا وكونه مفسرا وصف فيه والمفسر راجع على النص والظاهر وكذلك الشهادتان إذا تعارضا وأحد لهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادية بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر إلا أن يكون بعضها صفة للبعض *

قوله فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وفي المغرب وقال النخعي فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئا يحكم ماله من الثلث **قوله** ولهذا المسئلة نظائروا ضداد فمن (نظائرها)

قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقتضي بينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالماً بامساك، ولا قضاء بدون الدعوى واذا كان دعواه منصرفه الى ما في يده فاقضاء له بنصف صاحبه يكون بلاد دعوى فيترك في يده **قال** واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكر اثار يخار سن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجم * وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكر اثار يخار

نظائرهما الموصى له بجميع المال ونصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المذنون له المشترك اذا ادانه احد الموليين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالتسمة بين المولى والمدين والاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقاً غير رجل خطأ وغرم المولى قيمته لها ومما انتقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما انتقوا على ان القسمة فيها بطريق المنازعة فضولي باع عبداً رجلاً بغير امره وباع فضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالتسمة بين المشترين بطريق المنازعة ارباعا على ما عرف مع اصولها وفروعها في الزيادات وغيرها *

قوله وان اشكل ذلك كانت بينهما اي اذا كانا خارجين اما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذوي اليد في النتاج واقاما البينة ووقت البينتان في الدابة وتبين فان كانت الدابة على وفق بينة المدعي قضيت بهما لانه علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد واما اذا كانت البينة وفق بينة ذي اليد (او كانت)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وان خالف سن الدابة الوقين بطلت البيتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رح لانه ظهر كذب الفريقين
فترك في يد من كانت في يده **قال** واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة
احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لا ستوائهما *

* فصل في النزاع بالايدي *

قال واذا نازعا في دابة احد همارا كبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان
نصرته اظهر فانه يختص بالملك * وكذا اذا كان احد همارا كبا في السرج والاخر
رديفه فالراكب في السرج اولى

اذا كانت مشكلة قضيت بها الذي اليد اما الظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت اذا
كانت مشكلة ولم يذكر فيه ما اذا كانت سن الدابة بين الوقين اللذين ذكرهما بيئتنا الخارج وذى اليد
وذكر في الذخيرة في ذلك علامة المشائخ على انها تنهاتر البيتان وترك الدابة في يد صاحب اليد
قوله وان خالف سن الدابة الوقين اي في دعوى الخارجين بطلت البيتان كذا ذكره
الحاكم هكذا ذكر الجواب في الايضاح وذكر في المبسوط من مشائخنا من اجاب بهذا
ثم قال والاصح ما قاله محمد رح وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما
اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقين في دعوى الخارجين اما
اذا كانت مشكلة لا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقين لان اعتبار ذكر الوقت
لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى
مقصودهما وهوانبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفين
قوله فهو بينهما لا ستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب والداعلم *

* نص في النزاع بالايدي *

قوله فالراكب اولى اي في كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف
حتى لو اقام الاخر البينة تقبل * (قوله)

بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما الاستواء في التصرف وكذا اذا تنازعا في عبور
وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قبض
احدهما لابس والآخر متعلق بكفه فالابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط
احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود
ليس بيد عليه فاستويا **قال** واذا كان الثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما
نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق *

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه نقل انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه *
ولو قل انا عبد لثلاث فهو عبد للذي في يده لانه اقرب اليه حيث اقرب الرق وان كان
لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة
متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبير وادعى الحرية لا يكون التول توله لانه ظهر الرق
عليه في حال صغره **قال** واذا كان الحائض لرجل عليه جدوع او متصل بينائه وللآخر عليه
هرادي فهو لصاحب الجدوع والاتصال

قوله بخلاف ما اذا كانا راكبين اي كلاهما راكبين في السرج حيث يكون بينهما الاستواء
قوله لان القعود ليس بيد عليه اذا المراد باليد المتصرفه النافذة المحولة التي لا ينفك الركوب
والحمل عنها عادة فكان بينهما لا على وجه القضاء لاستوائهما في عدم الحجة **قوله** وهو
يعبر عن نفسه وفي الذخيرة يعني يتكلم ويعقل ما يقول فاذا كان بهذه المباشرة كان في يد نفسه
لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة الا ان تركها اذا لم يكن له
اهتداء الى المصالح والمقاصد فهذا الصبي لو اقرب الرق لغيرة سقطت عبرة يده على نفسه
فيظهر عليه يد ذي اليد فيكون له فان قيل كيف يصح ان اراد الصغير بالرق لغيرة وهو من المضار
والاقوال الموجبة للضرر رغبر معتبرة في حقه ولهذا لم يصح طلاقه واعاقه وهبته وان كان عاقلا
فلما ثبت بد دعوى ذي اليد لا باقراره فاندفع المعارض وهذا بخلاف ما اذا ادعى ان (١)

(كتاب الدعوى... باب ما يدعيه الرجلان... فصل في التنازع بالأيدي)

والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق
فصار كدابة تنازع فيها ولا حد هما حمل والآخر كوز معلق والمراد بالتنازع اتصال مداخله لئلا
جدارة فيه وليس هذا في جدارة وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بناءه
على بعض هذا الحائط وقوله الهراذي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهراذي اصلا
وكذا البواردي لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولا حد هما عليه هراذي
وليس الآخر عليه شيء فهو بينهما لو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما الاستواء لهما
المتبسط عبده لم يصدق والثرقي هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده
ويد المتبسط على المتبسط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان المتبسط
امين في المتبسط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم يصح
الدعوى مع السك ومتى لم يعرف انه لقيط فيد ذي اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها ثابتة
حقيقة وحكما لان يده عليه ليست يد غيره فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق
لان الحرية ثابتة بالاصل لان الناس باسرها احرار في الاصل لانهم اولاد آدم وحواء كانا
حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا
اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هذا شأنه دليل
على خلاف الاصل لانها دليل الملك فيبطل به الاصل كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله الهراذي ليست بشيء في المغرب الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الميث
نصبات تضم ملوكة بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت
هو الحردي ولا تغل هردي **قوله** وقد يسمى اتصال تربيع وذكر في حيطان الذخيرة
وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه
داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه
وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احد هما مركبة في الاخرى واما
ادانق فادخل لا يكون تربيعا ويكون اتصال مجاورة وملازمة **قوله** الهراذي ليست بشيء (بدل)

ولامعتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعة في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لامعتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائطيني لوضع كثير من الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدًا لصاحب الكثير الا ان يدعى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده يدل على انه لا اعتبار للهراذي اصلا وكذا البواري لانه لما لم يكن استعماله وضعًا اذا لحائط لا يبنى لهما وانما يبنى للتستيف والتستيف لا يمكن على الهراذي والبواري صار معدوما حكما حتى لو تنازعا في حائط ولا جد هما عليه بهراذي ولا شيء للآخر فهو بينهما ولا يختص به صاحب الهراذي *

قوله ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة حتى لو كان لاحد هما عليه عشر خشبات وللآخر ثلث خشبات فهو بينهما نصفان لان لكل واحد منهما حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة بعد تمام النصاب اذا التثاقل الجمع كما لو تنازعا في دابة ولا جد هما عليها خمسون منا ولا آخر مائة من كانت بينهما نصفين **قوله** وللآخر موضع جذعه وفي الايضاح يريد به حق الوضع لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده اما اذا ثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره **قوله** وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ذكر في كتاب الدعوى والصلح من الاصل ان لكل واحد منهما ما تحت خشبته الى اسفل الارض لان يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة وسبب الاستحقاق انما هو اليد على ذاك الموضع ثم قيل ما بين الخشب بينهما نصفين لان كل واحد منهما مستعمل للحائط الا ان احدهما اكثر استعمالا فصار كما اذا تنازعا في ثوب وعامة في يد احدهما وطرف منه في يد الآخر يقضى بينهما نصفين لانه لامعتبر بالكثرة في نفس الحجة * (توله)

(كتاب الدعوى... باب ما يدعيه الرجلان... فصل في التنازع بالأيدي)

لو كان لأحدهما جذوع والآخرا اتصال فالأول أولى ويروى الثاني أولى وجه الأول
ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثاني
ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء ب كله
ثم يبقى الآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي صححها الجرجاني *
قال وإذا كانت دار مناهي يدرجل عشرة آيات وفي بد آخريت فالساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في استعما لها وهو المروور فيها **قال** وإذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي
كل واحد منهما انها في يده لم يقض اليها في يد واحد منهما حتى يقبلا البينة انها في ايديهما
لان اليد فيها غير مشاهد لتعذرا حضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبت *

قوله ولو كان لأحدهما جذوع والآخرا اتصال يريد به اتصال تربيع فالأول اي صاحب الجذوع
أولى ويروى الثاني أولى اي صاحب الاتصال أولى **قوله** ثم يبقى الآخر حق وضع جذوعه
لما قلنا اشارة الى ما قال لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فان قيل لما قضى بالحائط
لصاحب الاتصال يبقى ان يؤمر برفع الجذوع لانه حمل له موضوع على ملك الغير
بغير سبب ظاهر لا استحقاقه كما لو تنازع في دابة لأحد هما عليها حمل والآخر مخلاة يقضى
لصاحب الحمل ويؤمر بالآخر برفع المخلاة فلنا ان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا
في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحمل امر الآخر برفع المخلاة فاما ههنا
فقد ثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بان كان ذلك مشروطا في اصل التسمية فليس
من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو
اقام احدهما البينة وقضى به ليدؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق يستحق بها
صاحبها على الآخر برفع جذوعه عن ملكه ثم الصحيح من النسخ ولو كان لأحدهما اتصال
والآخر جذوع فالأول أولى ليكون الدليل موافقا للمدعى وفي بعض النسخ ولو كان لأحدهما
جذوع والآخرا اتصال وذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب وفي الذخيرة (و)

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقام البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحد منهما من غير حجة * وان كان احدهما قد لبس في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها *

وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان صاحب الاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ان صاحب الجذوع اولى وذكر فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشائخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي فقد رجع صاحب الاتصال على صاحب الجذوع *

قوله وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى باليد فيها للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد لا ترى انه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وذكر الامام الترمذي رحمه الله فان طلب كل واحد يمين صاحبه ماهي في يده حلف كل واحد منهما ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا نضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما نضي عليه بكلها للحالف نصفها كان في يده ونصفها للذي كان في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث **قوله** جعلت في ايديهما لما قلنا وهو قوله لقيام الحجة **قوله** لوجود التصرف والاستعمال فيها ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب *

(باب)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

* باب دعوى النسب *

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي ر ح دعوته باطله لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صححت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها سبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء * وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه

* باب دعوى النسب *

قوله ومبنى النسب على الخفاء لان العلوق امر خفي فيعفى فيه التناقض كما مرأة تقيم البيعة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قوله** وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع يعني ادعياه معاد دعوة البائع اولى وعند ابراهيم النخعي رحمه الله دعوة المشتري اولى لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبائع حق استحقاق النسب ولا يعارض الحق الحقيقة كما لو ادعى المولى وابوه ولد الجارية ثبت النسب من المولى لما ذكرنا **قوله** وهذه دعوة استيلاء يعني دعوة البائع لان اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير وانها لا تعارض دعوة الاستيلاء لان دعوة التحرير تقتصر على الحال ودعوة الاستيلاء تستند الى وقت العلوق فكانت سابقة معنى فكانها سبقت صورة وفي المبسوط لو ادعاه المشتري او لا يثبت النسب منه لانها مملوكة في الحال يملك اعانها واعتاق ولدها فصير دعوته ايضا الحاجة الولد الى النسب والتحرير وتثبت لها امومية الولد (با)

فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله * وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولا قل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه وان اصدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادفهما واحتمال العلوق في الملك * فان مات الولد فادعاء البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاء في الام لانها تابعة الولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاء الام * وان ماتت الام فادعاء البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذة البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبعية وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعنتها ولد هاو الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده باقراره ولا يصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حتى يثبت نسبه من المشتري ولانه ثبت فيه لا يحتمل الابطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذي كان للبائع ضرورة في النهاية قوله وهذه دعوة استيلاء احتراز عن التحرير يعني لما كانت هذه الدعوة دعوة استيلاء لم تنظر الى حقيقة الملك لصحة الدعوة في الحال بخلاف دعوى التحرير على ما يجيء بعد ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حملا لامرأة على الصحة ولا يعتق الولد **قوله** فلا يثبت حقيقة العتق اي في الولد ولا حقه اي في الام **قوله** وليس من ضروراته اي وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاء في الام كما في ولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامة ليست بام ولده بل هي امة لمولاه وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولدة امة الغير بنكاح ثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده **قوله** والتدبير مثل الاعناق لانه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية كامتناع التملك من الغير **قوله** وهذه دعوة تحرير اي دعوة البائع (قوله)

في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندها متقومة فيضمنها **قال** وفي الجامع الصغير
واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد
اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعه
بأطلة وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول
قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو
الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاه وكما في المستولدة بالنكاح
وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعناق مانعا
لانه لا يحتمل النقص كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت
من المشتري حقيقة الاعناق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق
لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعناق لانه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله

قوله في العقد والغصب حتى اذا اشترى ام ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها
وكذا وفصيحها فماتت لا يضمن عند أبي حنيفة **قوله** فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن
والفرق بين هذا وبين ما اذا مات الام فان ثمة يراد بجميع الثمن عند أبي حنيفة حر هو ان في الموت
لوثبت امومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك في اعتاقها لانه يبطل العتق
الثابت من المالك ولانه لو قلنا يبطلان العتق يلزم ابطال الحقيقة بالحق ولا يلزم على هذا
ما اذا باع احد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع نسب الذي عنده ثبت نسبه
وبطل عتق المشتري لانه ضروري وكمن شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** وليس من
ضروراته اي ثبوت امومية الولد ليس من ضروراته ثبوت النسب كما في ولد المغرور **قوله**
لانا لا يحتمل النقص اي الاعناق لا يحتمل النقص كحق استحقاق النسب اي في الولد وحق
الاستيلاد اي في الام فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعناق والثابت في الام
حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة (قوله)

في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت **قال** ومن باع عبدا وعنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه وبطل البيع لان البيع يحتمل النقص وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد اورنه او آجره او كاتب ام الولد اورنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقص فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعناق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري او لان ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كاعناقه **قال** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حمل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولداه عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذا المسئلة ففروضة فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فثبت ان عتق المشتري وشراة لاقى حر الاصل فبطل

قوله في الفصل الاول اراد به ما اذا ادعى البائع الولد وقد عتق المشتري الام يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لاحتصانها بالاتفاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البائع في ما زعم حيث جعلها فمعتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد حصتها ايضا فان قيل يجب ان لا تكون للولد حصته من الثمن لانه حادث بعد قبض المشتري ولا حصته للولد الحادث بعد القبض قلنا ولدان حادث صورة بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض فان البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك واذا كان حادثا قبل القبض معنى فله حصته من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة فهنا فصير له حصته من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض **قوله** ومن باع (عبدا)

(كتاب الدعوى باب الدعوى النسب)

بخلاف ما اذا كان الولد واحداً الان هناك يبطل العتق فيه مقصود الحق دعوى البائع وهناك ثبتت بحرية فيه حرية الاصل فافتراضاً ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عند ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوى تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته :

عبد اولد صندة اي كان اصل العلوق في ملكه *

قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحداً الان هناك يبطل العتق فيه مقصود اعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوى البائع وانه لا يجوز لان عتق المشتري عتق حقيقي وحق البائع حق الدعوى والحق ادنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها وهذا في مسألة التوأمين ثبت تبعاً لحرية فيه حرية الاصل اي ثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق النسخة لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل وهذا الان الذي عنده ظهر انه حر الاصل فاقضى ان يكون الآخر حر الاصل فانه يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والآخر رقيقاً وقد خلفا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بما هو فوقة وهو الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحداً الان العتق يبطل ثم مقصود الحق دعوى البائع وانه لا يجوز وهناك ثبت الحرية في الذي عنده ثم تعدى الى الآخر ضمناً وتبعاً فتستغني من قيام الولاية هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه فان لم يكن اصل العلوق في ملك البائع والمسئلة بحالها ثبت نسب الولدين من البائع ايضا لان التوأمين لا ينفكان نسباً وقد ثبت نسب الذي عنده لمصادفة الدعوى ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينتقض بيعه لان هذه دعوى تحرير لا دعوى استيلاء لا فتقار دعوى الاستيلاء الى اتصال العلوق بملك من يد عبده واذا كانت دعوى تحرير تقتصر على محل ولايته وصار كان البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه *

(قوله)

قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابد وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقالوا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد علي فراه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار يرد ببرد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والقرار بالنسب يرد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعناق المشتري فكذب البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذب به لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فبضمير كولد الملا عنة لا يثبت نسبه من غير الملا عن لان له ان يكذب نفسه ولا يبي حنيفة ر ح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والقرار بمثله لا يرد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرد ببرد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف

قوله الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل لا يبطل مما لا يحتمل النقض وكذا الهزل ويبطلان الاقرار بذلك فان من اكراه على الطلاق والعناق ففعل يقع الطلاق والعناق ولو اكراه على الاقرار بهما فافتر لا يقع كما لو اكراه على البيع وغيره مما يحتمل البقض ففعل فانه لا يثبت فاذا ثبت ان الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بما يحتمل النقض ثبت انه يرد بالرد **قوله** فبقي اي بقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر كما اذا اقر بعتق عبد الغير وكذب به المالك ثم اشتراه يعتق عليه **قوله** فردت شهادته لتهمة كالفسق والقراة **قوله** ثم ادعاه لنفسه يعني لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لما انه اقر بانه ثابت النسب من المدعي والاقرار بالنسب مما لا يحتمل النقض **قوله** وكذا تعلق به حق الولد انما قاله لان الاقرار حق المقر له فينبغي ان يرد بردة كما في الاقرار بالدين فقال (محمد)

ولو سلم فالولاء ند يطل باعتراض الاقوى كجبر الولاء من جانب الام الى قوم الاب
وندا اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف
النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة
بعد ذلك فيقطع دعواه اقرارا بالنسب لغيره *

قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهوا بن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا

محمد رحمه الله هذا الاثر ليس بحق المتولد على الخلو بل تعلق به حق الولد ايضا *
قوله ولو سلم الى آخره يعني ان الولاء اثر من آثار الملك فيكون حكمه حكم
الملك والملك يتحول من شخص الى شخص والثابت منه اذا طرأ على الموقوف
يرفعه وكذا الولاء يتحول ايضا من شخص الى شخص **قوله** كجبر الولاء صورته
معقنة تزوجت بعد وولدت منه اولاد افجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي
الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد
جروا الولد الى نفسه **قوله** ما هو اقوى وهو دعوى المشتري وانما كان دعواه اقوى لان
الملك له قائم في الحال ظاهرا فكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعناق مصادفا بمحله
لوجود شرطه وهو قيام الملك **قوله** بخلاف النسب على ما مر اي في ولد الملاعنة فانه
لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن **قوله** وهذا يصلح مخرجا اي
قوله هذا ابن عبدي فمن يبيع الولد ويخاف ان يدعيه البائع فينتقض البيع فيأمر البائع
ليقر بالنسب لغيره خوفا من انتقاض البيع فان هذا يكون حيلة عند ابي حنيفة رحمه الله لان
الغائب لو صدق او كذب او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعواه لمقر
عند ابي حنيفة رح والحيلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن فلان الميت حتى
لا يأتى منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ذكره شمس الائمة السرخسي رح (قوله)

ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا او فرلانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام
 مالا ذللا للوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس
 في وسعه اكتسابها * ولو كانت دعوتهم مدعوة البتة فالمسلم اولى ترجيح بالاسلام وهو اوفر النظرين *
قال واذا ادعت امرأة صبيانا انه ابنها لم يجز دعواه حتى تشهد امرأة على
 الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير
 فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحدل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها
 لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صم
 قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله
 في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزام على
 نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما
 وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغني ذلك عن ابنة *

قوله ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبداً الواحد
 وابنا لآخر **قوله** وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا يعني لو جعلناه عبد للمسلم جعلناه مسلما تبعا
 وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتساب الحرية **قوله** وهو اوفر النظرين لان القضاء
 بالنسب من المسلم قضاء باسلامه **قوله** ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج انما قيد
 بذلك لان المرأة اذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها وان لم تكن ذات زوج يكون
 القول قولها من غيرينة كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشائخ من اجري
 المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله
قوله بخلاف الرجل اي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة لعنيين
 احدهما هو ان دعواه دعوى علوق الولد منه وذلك امر باطن لا يوقف عليه فيتقبل قوله
 من غير حجة كما اذا علق طلاق امرأته بحيضها يتقبل قولها حضت لهذا اما المرأة فيمكنها (١)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

وان كان المصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره
فهو ابنيهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما اولقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما
يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما
هو بطني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها **قال** ومن اشترى جارية
فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور
من يطأ امرأة معتددا على ملك يمين او تكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع
الصحابه رضوا لان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرا لاصل في حق ابيه رقيقا في حق
مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعة فلا يضمه الا بالمنع كما في ولد المعصومة
فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولومات الولد لاشي على الاب لانعدام
المنع وكذا لو ترك ما لالان الارث ليس يبدل عنه والمال لابيه لانه حر لاصل في حقه

اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها ما يشاهد ويعاين فلم يقبل قولها الا بحجة
كما اذا علق طلاقها بدخول الدار فادعت المرأة الدخول وكذبها الزوج لا يصدق
الا ببينة لا مكان الاثبات بالبينة والثاني ان دعوى الرجل اقرار على نفسه بوجوب النفقة
والحفظ والتربية اما دعوى المرأة فاقرار على الزوج لا يلزمها شيء من ذلك والد دعوى
لا تقبل الا بحجة وان كان المصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه
ابنها من غيره فهو ابنيهما هذا اذا كان المصبي لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له
ايهما صدق ثبت نسبه بتصد يقة *

قوله فيجعل الولد حرا لاصل في حق الاب لان مقصوده من الاستيلاء ان علاق ولده حرا اذا لو علم
بانعلاقه رقيقا لا يقدم على الاستيلاء فيجعل حرا لاصل تحقيقا لمقصوده **قوله** وكذا لو ترك ما لالان
الارث ليس يبدل عنه اي عن الولد بخلاف الدية لانها بدله فمنعها كمنع الولد فباخذ قيمته (قوله)

فيرثه ولو قتلته الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتلته غيره فأخذ دية لان سلامة بدله له كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعتها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب *

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عذر رضي الله عنه الرجم باقراره

قوله فيرثه فان قيل الولدان كان حرا في حق ابيه فهو رقيق في حق مدعيه فوجب ان يكون المال بينهما قلنا الولد حر الاصل في حق المدعي ايضا حتى لا يكون ولاؤه له وانما جعل رقيقا ضرورة انقضاء له بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** فاخذ دية قيد بالاخذ ذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لا يتحقق في ما لم يصل الى يده من البديل فان قبض من الدية قدر قيمة المتناول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البديل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد **قوله** لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميعة ولم يسلم **قوله** كما يرجع بثمنه اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع والضمين للمشتري وقيل بثمن المشتري اذا استحق او بثمن الولد لو تصور شراؤه فاستحقه احد والله اعلم *

* كتاب الاقرار *

اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق الاقرار اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس بانبات الحق وحكمه ظهور المقر به لاثبوتها ابتداء الا ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق (و)

(كتاب الاقرار)

وتلك المرأة باعترافها وهو حجة فاصرة لتصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجب لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والمأذون لانه يبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام

والعناق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا قالوا اقرار غيره بباطل والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اذا اخذه عن كراهة منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه عن طيب من نفسه فيكون تملكاً مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده وانه ملزم على المقر ما اقر به لوقوع عدل على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا تامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على نفسه هو الاقرار *

قوله وتلك المرأة باعترافها هي الغامدية وهي التي اقر الماعزانة زنى بها فقال رسول الله عليه السلام لانس اغديا انس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمت فلما جعل الانوار حجة في الحدود التي تدرأ بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها اولى **قوله** وهو حجة فاصرة لتصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبه لانه قد ثبت حق الحرية له واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم **قوله** وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره **قوله** بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته فانه اذا اقر بدين لرجل او ودعة او غصب او عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فتدري بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (قوله)

الا اذا كان الصبي ما ذونا لدلانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقربه لا تمنع صحة
 الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان ائلف ما لا لا يدري قيمته ويجرح جراحة لا يعلم
 ارشها وتبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به
 بخلاف الجهالة في المقر لان المجهول لا يصلح مستحقا * ويقال له بين المجهول لان التجهيل من
 جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه * فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
 عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان * فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه
 اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا يتبدل له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا * والقول
 قوله صحيح بمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه * وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا

قوله الا اذا كان الصبي ما ذونا في التجارة كان اقراره جائزا بدين لرجل او غصب او رديعه
 او عارية او مضاربة لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر
 والجنابة والكفالة لانها غير داخل تحت الاذن اذا التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة
 المال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة مطلقة **قوله** وجهالة المقربه
 لا تمنع صحة الاقرار اعلم ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا ينح عن ثلثة اوجه اما ان تكون
 الجهالة في المقر او في المقر له او في المقربه فالاولان يمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالث اما جهالة
 المقر كما اذا قال لرجل علي الف درهم او يقول لزيد علي الف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا
 في الدنيا كثير الا ان يبين وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك
 على احد الف درهم لان المقضي عليه مجهول وجهالة المقربه لا تمنع صحة الاقرار والبيان
 في ذلك الى المقر لانه هو المجهل فاليه بيانه كذا في شرح الطحاوي **قوله** والاقرار اخبار
 عن ثبوت الحق فيصح به اي يكون المقربه مجهولا **قوله** وكذا اذا قال لفلان علي حق
 لما بينا اي لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان
 علي حق ثم قال مفصلا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه (بيان)

(كتاب الاقرار)

وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة *
ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجهول * ويقبل قوله في القليل والكثير
لان كل ذاك مال فانه اسم لما يتناول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالاً عرفاً * ولو قال
مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقرب مال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيابه والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة ربح اند لا يصدق
في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنده مثل
جواب الكتاب وهذا اذا قل من الدراهم اقل من الدنانير والتقدير فيها بالعشرين

بيان يعتبر باعتبار العرف لا بالانرا. وفي العرف حق الاسلام وانما يرد به حقوق مالية *
قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئاً فالقرار
صحيح ويلزمه بما بينه ولا بد من ان يبين شيئاً هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود
مالاً كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو
مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالمفوض كقوله اشتريت من فلان شيئاً يكون اقراراً بشراء
ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من ان يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس
حتى ان فسر بحجة حطة لا يقبل ذلك من لان الاقرار بالغصب دليل على انه كان ممنوعاً
من بهته صاحبه حتى غلب عليه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئاً بهذه الصفة
قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولاً كان او مفصولاً ثم
ان ساعده المقر له على ما بينه اخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقرع يمينه لانه خرج
عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار راد الاقراره يبقى دعواه شيئاً آخر عليه
وهو ذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ولا فرق بين ان يبين شيئاً يضمن بالغصب او لا يضمن
بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك
ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن عند ابي حنيفة رحمه الله (و)

وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب * ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبار الادنى الجمع * ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة ر ح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشرة درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه * ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتسب وينصرف

واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بانه مقبول وفي الايضاح وهذا اختيار مشائخ العراق لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا وفي الايضاح واما اختيار اهل ما وراء النهر لا بد من ان يبين شيئاً له قيمة لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكاراً لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه واختار في الهداية قول هؤلاء حيث قال يجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة اي لان مطلق اسم الغصب يطلق على اخذ مال منقوض في العرف *

قوله وفي الابل بخمس وعشرين كان ينبغي ان يقدر فيه بخمس لانه يجب فيه شاة فكان غنياً فلنا هو مال عظيم من وجه حتى تجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب فيه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيماً مطلقاً اذا المطلق ينصرف الى الكامل وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه تحقيقاً لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذلك في كل جنس يريد به حتى لو اراد الابل تجب عليه من الابل خمسة وسبعون وهذا لان اقل الجمع ثلثة (فيحمل)

(كتاب الافرار)

الى الوزن المعتاد * ولو قال كذا كذا درهم لم يصدق في اقل من احد عشرة درهما لانه ذكر عدد دين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر * ولو قال كذا وكذا درهم لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عدد دين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره * ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم * ولو قلت كذا بغير او واحد عشر لانه لا نظير له سواه * وان قلت بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزداد عليها الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة اعجاب وقبلي ينبي عن الضمان علي ما صرف في الكفالة *

فيحمل على ثلثة اموال ولو قال علي مال نفيس او كريم او خطيرا او جليل قال الناطقي لم اجده منصوعا وكان الجرجاني يقول يلزم مائتان ولو قال علي درهم او دينير فعليه درهم تام ودينار تام لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير فلا ينقص عن الوزن ولو قال حطة كثيرة فهذا علي خمسة اوساق والوسق ستون صاعا وهذا علي قولهما لان النصاب في باب العشر يقدر بهذا واما علي قول ابي حنيفة رضي الله عنه فلا نصاب للحطة فيرجع الى بيان المقرر *

قوله الى الوزن المعتاد اي معتاد ذلك البلد قال في المبسوط ان كان في بلد يتبايعون على دراهم معروفة الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صرف الى ذلك لان تعيين وزن سبعة لم يكن بنص في لفظه وانما كان ذلك بالعرف الظاهر في معاملات الناس به وذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات ويعتبر في كل موضع عرف اهل ذلك الموضع ولو قال كذا درهم فهو درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة وفتاوى القاضي فخر الدين لو قال كذا دينار فعليه دينار لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو قلت كذا بغير او واحد عشر لانه لا نظير له سواه لانه لم يجمع بين ثلثة اعداد ذكر بلا عطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار **قوله** وقبلي ينبي عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبلا لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة * (قوله)

ولو قال المقر هو ودبعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه
والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي
انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين
والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح * ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي
او في صندوقي فهو اقرار بالامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع
الى مضمون وامانة فثبت اقلهما * ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اترنها او انتقدها
او اجلني بها او قد قضيتها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى
فكانه قال اترن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا
لعدم انصرافه الى المذكور والتاويل انما يكون في حق واجب والقضاء ينلو الوجوب *

قوله ولو قال المقر هو ودبعة ووصل اي في قوله علي وقبلي لان آخر كلامه تفسير لوله وهو يحتمل
لما فسرناه فان قوله علي اي حفظه لا عينها لان المضمون على المودع الحفظ والحال محله فقد ذكر
المحل واراد به ما يحله فاحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا **قوله** والاول اصح لان استعماله
في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه اجدر **قوله** لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور
الاصل انه متى ذكر في موضع الجواب كلاما لا يستقل بنفسه يكون جوابا كما لو قال لي عليك
الف او قال اقض الالف التي عليك فقال نعم فقد اقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه فقد اخرج
مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكانه قال نعم اعطيك
الالف التي لك علي ومتى ذكر في موضع الجواب كلاما لا يستقل بنفسه يجعل مبتداء فيه
لا مجيبا الا ان يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من ان يحمل على الجواب
ولا يلزم على هذا المدعى الى الغداء لو قال والله لا اتغدى ينصرف الى الجواب بدون
الكناية فان المعنى الذي يوجب حمله على الجواب في اليمين يوجب حمله على
الابتداء ههنا لانه انما حمل على الجواب في مسألة اليمين لانه دخل المدعى في اليمين
بيقين اريد به الجواب والابتداء فحمل على الجواب كيلا يلزم وجوب الكفارة باكل (غداء)

(كتاب الافرار)

ودعوى الابرء كالتضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التملك يقضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلنك بها على فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقرب دين مؤجل فصدقة المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حال لانه اقر على نفسه بمال وادعى حق لنفسه فيه نصار كما اذا اترع بعد في يده وادعى الاجارة بخلاف الافرار بالدرهم السود لانه صنفه فيه وقدمرت المسئلة في الكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة درهم لزمه كلها درهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائتة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمه والدرهم معطوف عليها بانواع العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استقلوا بترك الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا ايضا يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدرهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة ونوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبها تفسير الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى تفسير فكان كلها ثيابا *

غداء آخر بالشك وهذا المعنى يوجب حمله على الابتداء ههنا كيلا يلزم المال بالشك * **قوله** ودعوى الابرء كالتضاء لما بينا اشارة الى قوله والقضاء يتلو الوجوب لان الابرء استقاط وهو انما يكون في دين واجب عليه وكذلك دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا دعوى التسليم منه وهو لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين الثابت وكذا اذا قال احلنك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدونه **قوله** وقدمرت المسئلة في الكفالة اي في باب الضمان منه ببيان الفرق وكذا اذا قال مائة ونوبان لما بينا انه لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبها تفسير فانصرف اليهما لا يتال الاثواب لاتصلح مميز للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد القوصرة (با)

قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمراني قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مطروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزم انه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمران قوصرة لان كلمة من الانتزاع فيكون اقرار بغصب المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمدان لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العبدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوباني مندبل لزمه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا الوقال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الاثواب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولا يبي يوسف رح بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب قولهم انما يسمى بذلك مادام فيها التمر والافهي زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزمه نحو ثوب في مندبل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وان كان الثاني مما لا يكون ظرفا للاول نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح ان يكون ظرفا لما اقر بغصبه ولا فلغا آخر كلامه وان كان الثاني مما يحتمل ان يكون ظرفا وان لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رح لانه حقيقة للظرف ومتى امكن حمله على الحقيقة بحمل عليها كما في قوله غصبت ثوباني عشرة اثواب فانه يلزمه عند محمد رح احد عشر ثوبا لان العشرة قد يكون وعاء للثوب الواحد لانه قد يصان الثوب النفيس في عشرة اثواب فصا كقوله حنطة في جوالق وعند ابي يوسف رح وهو قول الشيخين رح لم يلزمه الاثواب واحد لان الثوب الواحد لا يصان في عشرة اثواب عادة فصا ربيا لان محل المغصوب عشرة (١)

ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فنعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقال لا تلزمه العشرة كلها فتدخل الغائبان وقال زفر رح تلزمه ثمانية ولا تدخل الغائبان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مررت الدلائل في الطلاق *

اثواب هذا في كلمة في واما الحكم في كلمة من فمذكورة في الكتاب وهو ان يكون اقرارا بالغصب في الاول خاصة لان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمارة فكان اقرارا لغصب الاكاف خاصة والحمارة مذكور لبيان محل المغموصوب حين اخذته وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا لغصب المحل النصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهم ، علافة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة جمع سرير *

قوله ان حرف في يستعمل للبين والوسط فان قيل لم يأت استعماله في الآية للبين والوسط بل لمع اي مع عبادي قلنا لا ترددين المحلين وباعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزائد على الواحد فلا يجب الزائد بالشك على ان حرف في قد يكون بمعنى على ايضا كما في قوله تعالى ولا صليكنكم في جدوع النخل اي على جدوع النخل وحمله على هذا المعنى لا يوجب ايضا الذمة في الاصل براءة فلا يجوز شغلها بالشك **قوله** على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان العشرة لا يكون وعاء معنى لان الوعاء غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب وكل ثوب يكون موعى في حق ما ورأته فلا يكون وعاء الا الثوب (١)

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصي له فلان اومات ابه فورثه فالأقرار صحيح
لانه اقرب سبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه

الذي هو ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء الثوب الواحد كان آخر كلامه
لغوا وما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه
لو قال غصبت كراسا في عشرة اثواب حري عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة
ايضا مع ان عشر حري لا يجعل وعاء الكراسا عادة ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال
ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة المسئلة مع اختلافاتها ودلائلها مرت في الطلاق ولو قال له
وعلي ما بين كر شعير الى كر حنطة فعليه في قول ابي حنيفة رحمه الله كر شعير وكر حنطة
الاقتيز حنطة لان الاقتيز الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
يلزمه الكرايا ولو قال له علي ما بين عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة رحمه الله
يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير وقوله من كذا الى
كذا بمنزلة قوله ما بين كذا في جميع ما ذكرنا والله اعلم *

* فصل *

قوله ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم الى آخرها صورة المسئلة ان يقول ملافي بطن فلانة
علي الف درهم وورثها من ابية فاستهلكتها وكان ذلك ديناً لابيها مات وانتقل اليها وصية له من غيره
فاستهلكتها او كان ديناً علي فوصي له بذلك ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما
ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
قوله ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بان وضعته لاقبل من ستة
شهر مذ مات المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون (١)

(كتاب الاقرار فصل)

فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا **قال** فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح **وقال** محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولا يبي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحدا للمتاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجهها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه المرأة معدة فمح اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت السبب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث والموصي *

قوله فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما اذا تركه مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف الى وارثه او الى من اوصى له به ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما فان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان قال باع مني شيئا بالف درهم او اقرضني الف درهم لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا فان قيل هذا يكون رجوعا وان لا يصح وان كان موصولا **قوله** لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فتدريشبه على الجاهل فيظن ان الجنين ثبت عليه الولاية كما لمنفصل فيعامله ثم يقرب ذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا وكان كلامه هذا ايا ذلار رجوعا فلماذا كان مقبولا منه **قوله** وان ابهم الاقرار بان قال لحمل فلانة على الف لم يصح عند ابي يوسف رح **وقال** محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحا لكلام العاقل ولا يبي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقا ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة كما حمل اقرار العبد المأذون واحدا للمتاوضين على الاقرار بسبب التجارة (ولم)

قال ومن اقرب شرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم يعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم *

ولم يحمل على الافرار بغير التجارة كدين المهور ارش الجناية حتى يواخذ العبد به في حال رقه ويواخذ الشريك الآخرو في الافرار بدين المهور ارش الجناية لا يواخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخرا بدا ولا يبي يوسف رح طريق آخرو هو ان هذا افرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله محمدر حمة الله الا ان حمله على الجواز متعذرا لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بأن يعتبر شيئا اولي من الآخر فيتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد كما لو اشترى عبد ابالف ثم باعه من البائع مع عبد آخر ابالف وخمسائة وقيمتها سواء فان البيع يفسد في الذي اشتراه من البائع وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين ان يصرف اليه مثل الثمن الاول واكثر والجمع متعذرو لارجحان لاحدهما على الآخر فيحكم بالفساد ضرورة بخلاف ما لو اقر بحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية ولا يرا حمة الارث لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام لشيوع حقه في جميع التركة اما الوصية بحمل جارية او بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعين الوصية جهة للتصحيح فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رحمه الله في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل *

قوله ومن اقرب شرط الخيار بطل الشرط صورته ما اذا اقر لرجل بدين او قرض او غصب او ودعة او عارية قائمة او مستهلكة على انه فيه بالخيار ثلثة ايام فالأقرار جائز والخيار باطل اما جواز الافرار فلو جود الصيغة الملزمة بقوله علي او عندي لفلان واما الخيار فباطل لان الافرار اخبار فلا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فهو صدق اختياره او لم يختاره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما باشر اشتراط الخيار في المعقود لتغيره بصفة العقد وتخبر به من له الخيار بين فسخه وامضائه ولان الخيار في معنى التعليق (با).

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلاً باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الشيء ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً وقد مر الوجه في الطلاق وأما قوله له علي مائة درهم الا ديناراً او الا قفيز حطة لزمه مائة درهم الا قفيزه ديناراً والقفيز وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ربح وأما قوله له علي مائة درهم الا نوباً لم يصح الاستثناء وقال محمد ربح لا يصح فيهما وقال الشافعي ربح يصح فيهما لمحمد ربح ان الاستثناء مالولة لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحد اجنسا مباح المالبة ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث التسمية وهذا في الدينار ظاهر بالشرط فمادخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمتنع كون الكلام اقراراً والخيار يدخل على حكم اصل السبب فاذا بقي بقي حكم الاقرار وهو اللزوم *

* باب الاستثناء *

قوله وما في معناه اراد به ما كان بياناً مغيراً كالشرط وغيره لانه في معنى الاستثناء **قوله** لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً **قوله** ولكن لا بد من الاتصال لانه بيان مغير فيصح موصولاً لا مفصولاً على هذا اجمع العلماء الا ابن عباس فعنده يعمل الاستثناء وان كان مفصولاً استدل بقوله عليه السلام لا غزون قريشانم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا لم يكن ذلك على وجه الاستثناء وانما كان على وجه الامثال لما امر به في قوله تعالى واذكروا ربكم اذا نسيت وسواء استثنى الاقل او الاكثر وقال الفراء اذا كان المستثنى اكثر من الباقي لا يجوز الاستثناء به وهو قول مالك ورواية عن أبي يوسف ربح **قوله** فان استثنى الجميع لزمه الاقرار هذا اذا (ا)

والملك والموزون او صافهما اثنان اما الثوب فليس بشئ اصلا

استثنى بعين اللفظ الذي تنظم به في صدر الكلام بان قال نسائي طواق الانساني فانه لا يصح الاستثناء اما اذا قال نسائي طواق الاهولاء او قال الافلانة وفلانانة واستثنى الكل باسميهن يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق عليهن وكذا الوفاة عبيدي احرار الاعبيدي لا يصح ولو قال الاهولاء او فلانا وفلانانا وفلانانا ذكر جميع عبده باسميهن يصح وهذا الفقه وهو ان الاستثناء تصرف لفظي فيبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست تعليقات الاربع يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد له على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الاربع لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاجراء بعض ما تناوله صدر الكلام وللتكلم بالحاصل بعد التثنية لانه انما صار كذا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا مبرر يرجع اليه ذات اللفظ ويتصور ان يدخل في ملكه غير هذه الجوارى او العبيد وان كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاجراء بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد التثنية فلم يصح *

قوله والملك والموزون او صافهما اثنان اي انهما اثنان او صافهما حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما ولو وصفا لم يعين صار حكمهما كحكم الديار وهذا يستوي الجيد والردي فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالالف صورة والعدييات التي لا تتفاوت كالمقدرات في ذلك اما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لانه لا يصلح ثمنهما فلم يكن استثناءه استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا فان قلت ان فانت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها ملكت الاثنان متدرة لمالية الاشياء (لا)

(كتاب الافرار.....باب الاستثناء وما في معناه)

ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون نمنا صلح مقدر والمدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون نمنا لا يصلح مقدر ابقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح * **قال** ومن اقرب شيء وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الافرار لا يحتمل التعليق بالشرط اذ لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا انظر الناس لانها مقدره فيصلح ان تكون مقدره المدراهم المستثناة تكانه ذكر المقدر وترك المقدر دلالة المتدري على المتدري فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنى وما لا يصلح نمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدر المدراهم المستثناة لافتقار المقدر الى ان يكون مقدر ابقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فيبطل *

قوله ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة احتراز عن السلم **قوله** فصار بقدره مستثنى من الدراهم فصار كانه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم وفي الذخيرة ان كان للمستثنى مثل من جنسه كالكيلبي والوزني والعددي المتقارب نحو ان يقال لفلان علي دينار الادرهما او الاخير حطة او المائة جوزة صح الاستثناء وي طرح قدر قيمة المستثنى عن المقربه وان كانت قيمة المستثنى تأتي على جديع ما اقربه لا يلزمه شيء وان لم يكن للمستثنى مثل من جنسه نحو ان يقول لفلان علي دينار الاثوب او قال الاشاة لا يصح الاستثناء اجماعا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله **قوله** لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وفي الجامع لتاضي خان رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رحمه الله عليه تعليق بشرط لا يوقف عليه ونمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عندابي يوسف رحمه الله لا يقع لانه ابطال وقال محمد رحمه الله يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط **قوله** لان الافرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار واخبار لا يحتمل (١)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا * **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لانتظام الاستثناء تصرف في المملووظ والفص في الخاتم والنخل في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبع الالفاظ بخلاف ما اذا قال الاثلثها او الايتام منها لانه داخل فيه لفظا * ولو قال بقاء هذه الدار لي والعرضة لفلان فهو كما قال لان العرضة عبارة من البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرضة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار * ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه وام اقبضه فان ذكر عبد ابعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهوان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعته وانما بعته غير هذا وفيه المال لازم على المقر لا قرارة به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب

التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذا بالغوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه تبين به انه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط * **قوله** لانه في معنى بيان المدة اي من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر في العادة لبيان محل الاجل فاعتبرا اقرارا بدين مؤجل **قوله** لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لالفاظ اي البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعا لامقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل البيع فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بدق بلنه بل يتخير المشتري بخلاف ما اذا قال الاثلثها او ايتام منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لان البيت في لفظ الدار دخل مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن ولو قال بقاء هذه الدار لي والعرضة لفلان فهو (كما)

بعد حصول المتصود والتأليث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه كما قال اي يكون البناء له والعريضة للفلان وكذا اذا قال يياض هذه الارض للفلان وبناء هالي لان ما تضمنه اللطمان من قصر الحكم السابق على مجرد الساحة منع دخول الوصف في ذاك الحكم بطريق التبعية فلا يكون هو مقرا بالوصف فلا يكون في قوله وبناء هالي راجعا عما اقر به بخلاف ما اذا ذكر مكان العريضة رصا حيث يكون البناء للمقر له وفي الذخيرة واعلم بان هذه خمس مسائل وتخريجها على اصلين احدهما ان الدعوى قبل الاقرار لا يمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحت الاقرار لا يصح والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا هذا فنقول اذا قل بناء هذه الدار لي وارضاها للفلان انما كانت الارض والبناء للفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء بقوله الارض للفلان اقرت بالفلان بالبناء تبعالاقرار بالارض والاترار بعد الدعوى صحيح واذا قال ارضها لي وبناء هالي للفلان فهو على ما اقر المقر لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه وبقوله والبناء للفلان اقر بالبناء للفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر بدقل البناء من ارضه واذا قل ارض هذه الدار للفلان وبناء هالي فالارض والبناء كلاهما للمقر لان بقوله ارضها للفلان اقرت بالفلان بالبناء تبعاً وبقوله وبناء هالي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما تأوله الاقرار لا يصح واذا قل ارض هذه الدار للفلان وبناء هالي للفلان آخر فالارض والبناء كلاهما للمقر الاول لان بقوله ارض هذه الدار للفلان صار مقر الفلان بالبناء تبعاً للارض وبقوله وبناء هالي للفلان آخر حصل مقر على الاول والاترار على الغير لا يصح واذا قل بناء هذه الدار للفلان وارضاها للفلان آخر فهو كما قال لان بقوله اولاً بناء هذه الدار للفلان آخر صار مقر بالبناء له وبقوله ارضها للفلان صار مقر على الاول بالبناء الثاني واقرار الانسان على غيره باطل *

قوله بعد حصول المتصود وهو سلافة العبد بيان ان المقر له ادعى وجوب الالف بسبب بيع (١)

ولو قال مع ذلك انما بعنتك غيره يتحالفان لان المقريده عي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبد بعينه * وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسيه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقرانه باعه متاعا فالقول قول المقر وجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان واقفه الطلب في السبب وبدلا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المتريبا نامغير لان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتقاء على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا * ولو قال ابتعت منه عبدا الا اني لم اتبضد فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن *

الاخر والمقر اقر بسبب شراء هذا العبد فلا يبالى بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما اذا اقر بالف من ثمن متاع والمقر له يتول انه غصب او قرض لا يبالى باختلاف السبب كذا همنا *
قوله ولو قال مع ذلك انما بعنتك غيره اي مع انكار العبد المقر به يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر
قوله وان اتحالفا بطل المال اي بطل المال من المقر والعبد سألهم لمن في يده **قوله** وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان ثمن عبد غير معين لا يكون واجبا على المشتري الا بعد القبض لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من عبد يحضره الاو للمشتري ان يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض ثم رجع **قوله** وقال ابو يوسف (ومحمد)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر والخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله واصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقال اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآء كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخرة ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال * ولو قال له علي الف درهم من ثمن مناع او قال اقرصني الف درهم ثم قال هي زيوف او نهرجة وقال المقر له جيا لزمه الجيا في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ان قال موصولا بصدق وان قال منفولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي متوقفة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن مناع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا

ومحمد رحمه الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي صدقه في الاصل وكذبه في الجهة وان اقرانه باعه متاعا اي صدقه في الاصل والجهة بان اقرانه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مدعيهما انه ان صدقه المقر له في ان ذلك من ثمن عبد يصدق واصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعنا القول قوله في انكاره القبض وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيا تا مغير المقتضى اول الكلام لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بمال للحال ولكن احتمل ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغير يصح موصولا ولا يصح مفصولا *

قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر والخنزير واسما قال ومعنى المسئلة بيا تا للاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الالف (و)

لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والاستوقة بمجازة الا ان مطلقة ينصرف الى الجباد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولا يبي حنيقة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجب وصار كما اذا قال بعته معيار قال المشتري بعته سليما فاقول للمشتري لما بينا والاستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيقة رح وصل ام فصل لانه رجوع فشن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاول كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل ام فصل كما لو قال علي الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبض فانه لا يصدق في قول ابي حنيقة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزم شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الاجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرد ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح *

قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدال الا ان مطلق الدراهم يتناول الجباد ولان بيعات الناس تكون بالجباد فكان مغيرا للاصل فاذلك يشترط الوصل وكذا الاستوقة تسمى دراها مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصيح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة اوستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل **قوله** فاقول للمشتري لما بينا اي ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب * (قوله)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وحصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر او الخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقال اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بحر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال * ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقترضتني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبه رجعة وقال المقر له جيا د لزمه الجيا د في قول ابي حنيفة رحمه الله وحصل ان قال موصولا يصدق وان قال منفولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي متوفة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا

ومحمد رحمه الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي صدقه في الاصل وكذبه في الجهة وان اقرانه باعه متاعا اي صدقه في الاصل والجهة بان اقرانه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مذهبهما انه ان صدقه المقر له في ان ذلك من ثمن عبد يصدق وصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه اقرب بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله في انكاره القبض وان كذبه في السبب كان هذا من المقربيانا مغير المقضى اول الكلام لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بالمال للحال ولكن احتمل ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغير يصح موصولا ولا يصح مفصلا *

قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير واما قال ومعنى المسئلة بيان الاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الالف (و)

لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والاستوقة بمجازة الا ان مطلقة بصرف الى الجباد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولا يبي حنيقة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزينة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه وصار كما اذا قال بعته معيبا وقال المشتري بعته سليما فالقول للمشتري لما بينا والاستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فثنس الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاوّل كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل ام فصل كما لو قال عليّ الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبض فانه لا يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزم شيء لانه بين آخر كلامه انه ما اراد به الانجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التخيير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لان باب الردر ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال

وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح * **قوله** لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستثناء في الصرف والسلم ولا يصير استبذالا الا ان مطلق الدراهم يتناول الجباد ولان بيعات الناس تكون بالجباد فكان مغيرا للاصل فاذلك يشترط الوصل وكذا الاستوقة تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصيح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة او ستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل **قوله** فالقول للمشتري لما بينا اي ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب * (قوله)

(كتاب الإفراز باب الاستثناء وما في معناه)

لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كرحظة من نمن
عبد الانهار دية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن
ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب
رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالحياد فانصرف مطلقه
اليها * ولو قال لعلي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم
الدرهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الإفراز ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى
الاستهلاك المحرم * ولو قال اغتصبت منه الف اقال اودعني ثم قال هي زيوف او نهرجة صدق
وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضي له في الحياد ولا تعامل
فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا الجداء راد المصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله

قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار لان الصفة ليست مما يتناول له
اسم الدرهم حتى استثنى وانما ثبت وصف الجودة لمقتضى مطلق العقد **قوله** لان الرداءة
نوع لا عيب فان العيب ما ينح عنه اصل الفطرة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة
فهو في معنى بيان النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح
الشري بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية الا ترى انه لو قال بعثك هذه الحنطة
واشار اليها والمشتري كان رآها فوجدها ردية ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد
بالعيب ولو قال بعثك بهذه الدرهم واشار اليها وهي زيوف ولم يعلم بها البائع استحق
مثلها جباة الزيادة فيها فعلم ان الزيادة عيب **قوله** وقيل لا يصدق اي عند ابي حنيفة رحمه الله
قوله فلا مقتضى له في الحياد ولا تعامل امالا مقتضى فلما ذكر ان المقتضى هو عقد
المعاوضة ولم يوجد وقوله لا تعامل اشارة الى الجواب عن فصل القرض فان في القرض
ان لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل والناس انما يتعاملون بالحياد فينصرف الى الحياد
ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف الى الحياد * (قوله)

وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذا القبض فيهما هو الموجب للضمان * ولو قال هي ستوفة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوفة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانها مغيرا فلا بد من الوصل * وان قال في هذا كله الغائم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيادة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما ينال لو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه * ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم * ومن قال لا خراخذت منك الف درهم وديعة فهل كيت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والاخر ينكرة فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكرة مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا لا يقبضه فنقول قد يكون بالتخليقة والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة

قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اي اذا قال غصبت الغائم قال هي زبوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض **قوله** اذا القبض فيهما اي في الغصب والقرض لان القرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه ايضا **قوله** يتناولها مجازا لمسابهة بين الستوفة والدراهم من حيث الصورة **قوله** ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس او بسبب اخذ السعال فعن ابي يوسف رح انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخرة ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو **قوله** اقر بسبب الضمان (و)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك ودعته وقال الآخر لا بل فرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره فافترا * فان قال هذه الالف كانت ودعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاتها عليه وهو ينكر القول للمنكر * ولو قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردّها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه وردّه وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو الثوب وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان * ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف

وهو الاخذ والدلالة كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى يردها تناول رد العين حال بقائها في المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل وقوله ودعة رجوع عما اقر به لانه دعوى البراء فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشتري باجل الثمن بعد ما اقر به والبائع يدعى معجلا فان قيل ينبغي ان يصدق ويجعل قوله ودعة بيان تغيير كما لو قال لي فلان علي الف ودعة قلنا صدق الكلام هنا موجب الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الودعة وقوله ودعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الودعة يعني على حفظه فيكون قوله ودعة بيان تغيير فيصدق موصولا *

قوله فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت ضرورة عدم في غير موضوعها **قوله** فان قال هذه الالف كانت ودعة لي عند فلان فاخذتها الي قوله والقول المنكر ابي بالاجماع وان قال اجرت دابتي هذه فلانا الي قوله وقال القول قول الذي اخذ منه الدابة هذا كله اذا لم يكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر ما لو كان الثوب معروفا انه للدقر والدابة والدار فقال قبضته فيه فكان القول قول المقر في قولهم لان الملك فيه معروف للمقر **قوله** وعلى هذا الخلاف (الا)

في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورة تثبت ضرورة استيفاء المعتود عليه وهو المنافع فيكون عدم ما يبرأ الضرورة فلا يكون اقراره باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصد ان يكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر يثبت ثابته من جهته فيكون القول قوله في كفيته ولا كذلك مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفانم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بمثلها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافتراق *

الاعارة والاسكان بان قال اعرتك داري هذه ثم رددت علي او اسكنك داري هذه ثم رددت علي وقال الآخر الدار داري *

قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع **قوله** وجه القياس ما بيناه في الوديعة وهو قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاتها عليه وهو منكر فيكون القول قوله في كفيته **قوله** وقد تكون من غير صنعه كاللنطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت به الريح فانتهت في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا المودع اذا مات الوديعة في يد وارثه وديعة وان لم يدفع اليه صاحبها فنبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد له من قبله حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف **قوله** وليس مدار الفرق على ذكر (١)

(كتاب الاقرار باب اقرار المريض)

ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر
فادعاه فلان وقال المقر لبل ذلك كله لي استغنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر
لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد ملك المقر وصار كما اذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول
للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخبط ثوبا في يد المقر كذا هذا *

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدينون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المريض
ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما

الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها الاجارة والاسكان
هذا احتراز عن قول الامام القمي فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها
اخذتها منه فيجب جزاء وجزاء الاخذ الرد وهما قال فردها علي فافترقا لا فترقا في الوضع وهذا
ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار وهما في الاجارة واختبها
وذكره ان الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب ان اليد في باب الوديعة مقصودة الى آخره *
قوله ولم يقل قبضته منه قيد حتى لو قال ثم قبضته منه كان على الخلاف **قوله** لانه ما اقر باليد
انما اقر بمجرد الفعل منه هذا احتراز عما اذا اقر الرجل ان فلانا ساكن في هذا البيت
وادعي فلان البيت فانه بقضي به للساكن على المقر لان السكنى يثبت اليد للساكن
على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه ومثبت باقراره كالمعاين في حقه كذا في المبسوط
قوله وقد يخبط ثوبا في يد المقر بان خاط في بيت المقر والله اعلم *

* باب اقرار المريض *

قوله والدين المعروفة الاسباب كما اذا استقرض مالا في مرضه وعالين الشهود دفع (المقرض)

وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للمحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولما ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحابة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو يدبر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق الثمن وهذه حاله العجز *

المقرض المال اليه او اشترى شيئا من غير ان يشهد به بعض المبيع او ساجر شيئا ببيعة يشهد به وتزوج امرأة به ولم يارها من الشهود السامع ودليلا في دين الصحة فان هذه الديون تساوي ديون الصحة *

قوله وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب في اخباره والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في اقراره لوجود هذين الوصفين في المذكور وفي هذا التناوت بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما ان المرض حالة التوبة والاثابة ومحل الوجوب الذمة القابلة للمحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل **قوله** ولهذا منع من التبرع والمحابة الا بقدر الثلث هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث ولا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو اضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق **قوله** هو اقوى ما ولي وفي هذا جواب ايضا عما ادعاه الشافعي من استواء حالة الصحة ودلالة **قوله** بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية فان قيل ام تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان النساء او جوارى او هو شيخ كبير لا يولد له عادة وتزوج آيسة فلما النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مسا لا يوقف عليها لينبئ الامر عليها **قوله** وهذه حاله العجز يعني انه لما مرض الانسان مرض الموت وعجز عن الاكتساب فلم يملكه تعلق حق الغريم بالمال ولم ينتقل من الذمة اليه ينوي دينه لان المريض يتلف المال سريعاً فيؤدي الى ابطال حقه فيهم * (قوله)

(كتاب الاقرار باب اقرار المريض)

وحالة المريض حالة واحدة لانه حالة الحجب بخلاف حالتي الصحة والمريض لان الاولى حاله اطلاق
 وندة حالة عجز فاقرقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهتم في ثبوتها اذا المعين لا مرد له
 وذلك مثل بدل مال ملكه واستهلكه وعلم وجوده بغير اقراره وتزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين
 مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر **لابينا *** ولو اقر بعين في يده لا خرا لم يصح في حق
 غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان
 في اقرار البعض ابطال حق الباقيين وغرماء الصحة والمريض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض
 في مرضه او قد نكس ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** واذا قضيت يعني الديون المتقدمة
 برضا شئ يصرف الي ما اقربه في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما في حق
 غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فاذا لم يكن عليه دين في صحته جاز
 اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له او من الورثة يقول عمر رضي الله عنه
 اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية
 وحق الورثة يتعلق بالتركه بشرط الفراغ ولهذا يتقدم حاجته في التكفين **قال** واقرار المريض لو ارثه
 لا يصح الا ان يصدق فيه بيمينه **وقال الشافعي** ر ح في احد قولي يصح لانه اظهره حق ثابت
قوله وحالة المرض واحدة اي حالة اول المرض وحالة آخر المرض بعد ان يتصلها الموت
 حالته واحدة هذا جواب سوال مقدريه على قوله لان حق غرماء الصحة يتعلق بهذا المال
 بان يقال لو كان تعلق الدين المتقدم مانعا عن الاقرار بدين آخر ينبغي ان لا يصح اقرار
 المريض بالدين ثانيا بعد ما اقر اوله في حال مرضه لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح
 اقراره في حال المرض اذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله فاجاب
 عنه وقال ليس كذلك لان الاقرارين في حالة المرض بمنزلة اقرار واحد لكون احوال المرض
 بمنزلة حالة واحدة في حق الحجب كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق
قوله وغرماء الصحة والمريض في ذلك سواء اراد من غرماء المرض ما يكون لهم الاسباب
 المعروفة لان حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت على سواء **قوله** الا اذا قضى (ما)

لترجم جانب الصدق فيه وصار كالقرار الاجنبي وبوارث آخره بوديعة مستهلكة الموارث
 والافوله دم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا
 يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض بابطال حق الباقي ولان
 حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق
 الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمنع الناس
 عن المعاملة معه ولما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في الاقرار بوارث آخر لحاجته
 ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابدى يصح اقراره *

ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه قد علم بالبيئة لانه ليس فيه ابطال
 حق الغرماء لانه حصل في يده مثل ما نقد وحق الغرماء يتعلق بمعنى الشركة لا بالصورة
 فاذا حصل له مثله لا يعد تفويتا بخلاف ما لو قضى مهورا امرأة تزوجها في المرض او اجرة
 دار اسأجرها لم يسلم اهما ويشارتهما غرماء الصحة لان ما حصل له من النكاح وسكنى الدار
 لا يصلح يتعلق حقهم فكان تخصيصهما بطل لا يحق الغرماء كذا في المسبوط *

قوله لترجم جانب الصدق اذا عقل يدنعه عن اقدام على الكذب وبالمرض يزداد الامتناع
 لكونه حالة الندم والاثابة **قوله** وبوارث آخره الجامع هو ان حق الباقي كما يبطل
 بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالاقرار بوارث آخره هو صحيح
 بالاتفاق فينبغي ان يصح هذا الاقرار ايضا ان كل واحد من الاقرارين **قوله** الموارث المعروف
قوله وبوديعة مستهلكة اي اقرب استهلاك وديعة كان ثبوتها معاينة وفي مع الكبير او دع
 اياه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضر الاب الموت قال
 استهلكتها وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز وجوابنا عن ذلك اننا لو لم نعتبر
 اقراره يصير مجهولا ويجب الضمان فلا يفيد رد الاقرار ولان تصرف المريض انما رد للتهمة
 ولا تهمة في المعاينة **قوله** ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه فان قيل حق الورثة انما
 يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل (لا)

(كتاب الاقرار.....باب اقرار المريض)

قال وان اقر الاجنبي جاز وان احاط بماله ما يساوي القياس ان لا يجوز الا في الثلث لان
 الشريعة قصر تصرفه عليه الا لثنا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي
 لانه اثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر الاجنبي ثم قال هو ابني
 ثبت نسبته منه وبطل اقراره له فان اقر الاجنبي ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة
 النسب تستند الى وقت العلوق فتبين ان اقراره فلا يصح ولا كذلك الزوجة لانه انما تقتصر على
 زمان التزوج فتبي اقراره الاجنبي **قال** ومن طلق زوجته في مرضه ثم اقرها بدين ومات فلها
 الاثل من الدين ومن ميراثها منه لانهما منتهدان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود لورثة
 فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصير اقرارها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فثبت *
 لا يكذب على نفسه جزاؤا وبالمرض يداد حقة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى
 الغل فبعضه على الصدق فلما الاقرار ايصال النفع الى الوارث من حيث الظاهر فبطل
 حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف الا بقرانه وهو متهم فيه لجواز انه اراد به الاثر
 بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضا الباقيين
 دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع بطريق
 الوصية وكل تصرف يتسكن المرء في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره الا ترى
 ان يصح اقراره بالبيع قبل الغزل لابعده ولان تعلق حق الورثة بماله في المرض لا يظهر
 في حق الاجنبي لكثرة حاجته الى المعاملة معدي الصحة فلما حجب عن الاقرار بالمرض يمتنع
 الناس عن المعاملة معه وبخلاف الاقرار بوارث آخر لحاجته الى ابقاء نسله فلا ينحجب بحق
 الورثة كما لا ينحجب عن الاتفاق لبقاء نفسه فان قيل لو اقر لامرأة بمهرها صدق الى مهر مثلها
 قلنا لا تهمة في حق اقراره لوجوب مهر مثل لان وجوب مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره
 الا ترى ان عند المنازعة جعل القول قولها الى مقدار مهر مثلها ولهذا الوارث زيادة على
 مهر مثلها بطلت الزيادة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم في حقتها لانها من ورثته *
قوله وان اقر الاجنبي ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها قيد بالاقرار لانه لو وهب لها هبة (او)

فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله

وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرطان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرطان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذا المسئلة وضعتها في غلام يعبر من نفسه بخلاف العادة ما من قبل ولا يتمتع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما لزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير * ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابله لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق او وصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل لان اذا تملك بعد الموت وهي وارثه ح وان اقر المريض لاخته وللمقرابن فمات الابن قبله ثم مات المقر فان اقراره للاخ باطل لان المريض محجور عن الاقرار للوارث والاخ وارث الا انه محجوب بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بالسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر اليه واما في الاجنبية فسبب الإرث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن استناد الحجر الى ما قبل العلة والله اعلم *

* فصل من اقر بغلام يولد مثله له

قوله لان النسب مما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لابائهم وعلى المولود له رزقهن ولان مؤنة الولد على الاب خاصة فيكون اقراره به على نفسه فيقبل من غير تصديق الام **قوله** على ما مر من قبل اي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى **قوله** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى اي اذا صدقته الا الولد اذا كان صغيرا في يده **قوله** لما بينا اي لانه اقر بما يلزمه (قوله)

(كتاب الاقرار... باب اقرار المريض... فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله)

وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موته لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة راح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار *

قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى وهو ما ذكرنا في باب دعوى النسب انها اذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ولو كانت معدومة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن منكوبة ولا معدومة فالوايثبت النسب منها بقولها **قوله** ويقبل اقرار المرأة بالوالدين ذكر في بعض الفوائد ينبغي ان يقال بالوالد لانه يترأى تناقضا لان هذا الكلام يقضي ان احدا لو قال هذه امي وصدقته يصح وذكر بعد هذا ان اقرار المرأة بالولد لا يصح قلت هذا ليس بتناقض لان الكلام منه في اقرار المرأة بالولد وهنا في اقرارها بالوالدة ولا مانع من صحة اقرارها بالوالدة اذ ليس فيها الزام النسب على الغير فيصح لكن الكلام في تصديقها فانه يصح في حال وهو ما اذا لم تكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان لها زوج فثبت ان اقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها لابنته يصح في حال دون حال ومثل هذا لا يعد تناقضا وهذا واضح جدا **قوله** وقد مر لان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي وهو الوطى ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه مجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن ان يقف عليها غيرها وهي القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة **قوله** لان حكم النكاح باق لانه مالك فبقي ملكه الى انقضاء العدة ولهذا حل لها ان تغسله فاعتبر تصديقها بخلاف جانبها لانها مملوكة وذات حق عليها **قوله** يصح تصديق الزوج بعد موته لان الارث من احكامه وهذا لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب على السواء والمنتهي منقر في نفسه فيصح التصديق وهذا لان التصديق (قد)

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولي بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يترحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه يستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر لم يثبت له ميراث الا ان كان للموصي له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفيين لكنه بمنزلة حتى يورث عنه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر رابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصي له ولولم يوص لاحد كان بيت مال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار *

قد وجدوا لاقراء قائم لان التكذيب من المقر لم يوجد والمقر به وهو النكاح يبقى بعد موته في حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا كان باقراره يبقى بعد موته في حق الميراث ايضا وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكم بثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لان الارث لم يكن مستحقا وقت الاقرار وانما يستحق بعد الموت والتصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبارات سببها فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد وترك كسبا كذا بعد الاقرار ثم صدقه للمقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك قل ان سبب يقع ملكا من الابتداء لملك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموته فيبقى تصديقه ذلك دعوى ارث مبتدأ *

قوله قريب او بعيد نحو ان يقر باخ وله عمة او خالة فالارث لهما دونه لانه (لا)

(كتاب الاقرار... باب اقرار المريض... فصل ومن اقر بسلام يولد مثله لمثله)

قال ومن مات ابوه فاقرباؤه لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق **قال** ومن مات وترك ابنتين وله على آخر مائة درهم فاقرا أحدهما ان اياه قبض منها خمسين لاشي للمقرو وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذب اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا فاذا امران هما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لم يرجع على القابض بشي لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور *

لا يملك ابطال أحتهما في الارث بصرفه الى الغير ولا يكون له الثلث وان ملك الايجاب بطريق الوصية لانه ما اوجب وصية انما اوجب ارثا الا انا اعتبرناه وصية في حق التنفيذ اذا لم يكن ثمه وارث لانه ليس فيه ابطال حق الغير فورث *

قوله لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون اي لان قبض الدين انما يكون لقبض عين مضمون حتى يصير ديننا فيتنا صان **قوله** كما هو المذهب عندنا خلافا للشافعي رح فعنده يشيع في النصفين **قوله** على كون المقبوض مشتركا اي على كون الخمسين التي يقبضها غير المقر مشتركا بينهما اما غير المقر فانه يقول الكل مشترك فيكون مقرا بكون ما قبضه مشتركا واما المقر فانه يرفع عن الدين بهذا المقدار وهو مشترك **قوله** ورجع الغريم على المقر لانتقاض المقاصدة في ذلك التدبر وبقائه ديننا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور والله اعلم *

(كتاب الصلح)

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار و صلح مع سكوت وهوان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر و صلح مع انكار و كل ذلك جائز لا طلاق قول . . . الصلح خير و لقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا حل حراما او جرم عللا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار و سكوت الراوي و هذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينتلب الامر و لان المدعى عليه يدفع للمال لقطع الخصومة عن نفسه و هذا رشوة

* كتاب الصلح *

وهو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة و اصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع و ركنه الايجاب والقبول و شرطه ان يكون البدل ابي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج اليه قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقاني دار و ادعى المدعى عليه قبله حقاني حانوته فصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صلح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط اتفقت الى المنأى لها وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى وجوازه ثبت بقوله تعالى والله اعلم بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا و كل خير مشروع و قوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث و انعتدا لاجماع على جوازه وهو على ثلثة اضرب لان المدعى عليه عند دعوى المدعى احاب و لا فان اجاب فلا ينه امان يقرأ ولا يقر و هو الا انكار فان لم يجب فهو السكوت و انما لم يتنوع السكوت لان السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع * **قوله** وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ اي اذا كان (مبطلا)

(كتاب الصلح)

ولنا ما تلونا اول ما روي تاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر وحرم حلالا لعينه كالصلح
على ان لا يطاق الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجواز المدعى يأخذه
عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفع الخصومة عن نفسه وهذا
مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز *

قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود
معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذ كان
عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وتفسده جهالة البدل لانها

مبطلا في دعواه احل بالصلح فهذا صلح احل حراما وحرم المال المدفوع على الدافع
وكان حلالا قبل الصلح ولكن نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخلو عن
هذا ايضا لان الصلح في العدة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان
حقا للمدعى اخذه قبل الصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه وحل بالصلح منعه وحرم
اخذة فكان تاويله احل حراما لعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة
الأحلال والصلح مع احدي امرأته ان لا يطاق ضرتهما والحمل على هذا التاويل اولي
لان الحرام المطلق والأحلال المطلق ما كان لعينه ما كان لغيره *

قوله ولنا ما تلونا وهو قوله تعالى والصلح خير وهذا صلح فان قيل ينبغي ان يصرف الى المعهود
السابق وهو ان بصالحا بينهما صلحا سبقت الآية للصلح بين الزوجين لان المنكر اذا عيّد
معرفة كان الثاني من الاول كما في قوله تعالى فعصى فرعون الرسول فلنا خرج مخرج
التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحا لان الصلح خير والعلة لا تنقيد بمحل الحكم الذي
حلل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهذا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود
وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق كما في قوله تعالى
والله يعلم المفسدن المصلح اي جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسب وكذا قوله تعالى (و)

هي المفوضة الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه بسقط ويشترط القدرة على تسليم البديل وان وقع من مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تملك المنافع بمال

واذا فعلوا فاحشة الآية ثم قال ان الله لا يأمر بالفحشاء اي لا يأمر بجميع انواع الفواحش لا المعهود فقط فان قيل المدعي عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعي من نفسه والمدعي انما يأخذ ليكف عن الخصومة معه بغير حجة خصومته بغير حجة ظلم منه شرعا واخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهي حرام لقوله تعالى ثم لعن الله الراشي والمرتشي فلما دفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز وانما حرم لودفع الرشوة لظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا اخذ الآخذ بالجهة التي يدفعه الدافع اليه وهو يأخذ بالجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة *

قوله هي المفوضة الى المنازعة لانه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا في الذمة الا موصوفاً مؤجلاً كما في السلم **قوله** ويشترط القدرة على تسليم البديل حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح كذا في النهاية **قوله** وان وقع من مال بمنافع يعتبر بالاجارات فكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح ومالا فلا حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على ان يزرع ارضاله بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ثم اعتبار الصلح فع بالاجارة على الاطلاق قول محمد راجح حتى فسد الصلح بهلاك المدعي او المدعي عليه او محل المنفعة سواء هلك بنفسه او تلفه احد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعي على جميع دعواه الا اذا استوفى شيئاً من المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما استوفاه وهذا الان محمد ارجح جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت المورج والمستأجر وهلاك محل المنفعة ببدل او بغير بدل فكذلك الصلح وعند ابي يوسف (رح)

(كتاب الصلح)

والاعتبار في العتود لمعانيها فيشترط التوفيت فيها وبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لا فتداء البمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما يبا وبجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه موصيا في حقه بالشك *

قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان من انكار او سكوت لانه يأخذه على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه *

رح ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او ليس هذا الثوب شهرانم هلك المدعى او المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح فيعود على رأس الدعوى وقال ابو يوسف رح ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه وان مات المدعى فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة وليس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتناوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المعتود للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المورث عليه فيبطل ضرورة *

قوله والاعتبار في العتود لمعانيها كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطابقة الاصيل كقوله كما يختلف حكم الاقالة هي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث **قوله** لانه يأخذها على اصل حقه اي يقيها في يده وملكه كما كانت **قوله** فيلزمه الشفعة باقراره كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو منكر * (قوله)

قال وإذا كان الصلح من اقرار واستحق بعض المصالح منه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح من سكوت وانكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لخصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلاء العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار وسكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئاً حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه

قوله فيبقى العوض اي بدل الصلح في يده اي في يد المدعى غير مشتمل على غرضه اي غرض المدعى عليه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها **قوله** رجع بكل المصالح عنه هذا اذا كان بدل الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فلوا جاز سلم العين للمدعى ورجع المستحق بقيمته على المدعى من ذوات القيم وان كان بدل الصلح ديناً كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون بغير عيانهما او ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي **قوله** باع منه على الانكار وصورته ادعى على آخر دار امثلاً وانكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع بان قال المدعى عليه للمدعى بعث منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح وهذا اقرار منه بالدار ثم لو استحق العبد يرجع المدعى على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى * (قوله)

(كتاب الصلح)

كالجواب في الاستحقاق في الفصلين **قال** وان ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصوله من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض لان دعواه بجوزان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعري العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع ب كله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دار افسال على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه في الباقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي *

قوله كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي فصلي الاقرار والانكار **قوله** على ما قدمناه في البيوع اي في آخري باب الاستحقاق من كتاب البيوع **قوله** لو ادعى دار افسال على قطعة منها لم يصح الصلح هذا جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وفي الذخيرة رجل ادعى داراً في يد رجل واعطى على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعى انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاذ جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعى بعد ذلك وهل تقبل يمينه على باقي الدار فيما وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا يسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعى فكانه باع ما ادعى بما اخذ وفيما وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي في شرح الكافي انه يسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وجه من قال يسمع ان المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي الا ان البراءة عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الرواية ان البراءة لا تفي عينا ودعوى فان المدعى كان يدعي جميع الدار لنفسه والبراءة عن الدعوى صحيح وان كان البراءة عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابرأ منك عن دعوى هذه العين يصح البراءة حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع **قوله** او يلحق ذكر البراءة من دعوى الباقي لان البراءة عن دعوى العين يصح والله اعلم * (فصل)

فصل

والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتياالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن **قال** ويصح من جنابة العمد والخطا اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانهما موجب الدم ولو صلح على خمر لا يجب شيء

* فصل *

قوله والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في معنى البيع والمنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث لمواقربه فصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح **قوله** فمن عفي له من اخيه شيء اي من اعطي له من دم اخيه المقتول شيء وذلك بطريق الصلح وروى عن جماعة فمنهم عمرو ابن عباس رضي الله عنهم ان الآية في عفو بعض الاولياء وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا هو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وايضا غير ناقص كذا في التفسير **قوله** وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلهذا الوصلح من دم العمد على سكنى دار او خدمة عبدة جاز لانها تصلح مهرا ولو صلح عليها ابد او على مافي بطن امته او على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانها لا تصلح مهرا وكل جهالة تحملت في المهر تحمل ههنا وما يمنع (صحة)

(كتاب الصلح فصل)

لانه لا يجب بمطلق العقود وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنائية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذالم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه

صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح لتساكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء الا في مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط العقد ويجب بدل النفس وهو ادية نحو ان يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح على خمر لا يجب شيء لان وجوب المهر في النكاح من ضرورة العقد لانه لم يشرع الا بالمال واذالم يكن المسمى ما لاغت التسمية اصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهر او ثمة يجب مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليس من ضرورة الصلح فانه لو عفا ولم يسم ما لا لم يجب شيء *

قوله لانه لا يجب بمطلق العفو يعني لما لم يسم ما لا متقوما في الصلح عن دم العمد صار ذكر الذم والسكوت عنه سواء يعني مطلق العفو عن القصاص وفي ذلك لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح **قوله** وفي النكاح يجب مهر مثل في الفصلين اي في فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب وفي تسمية الخمر والخنزير **قوله** وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح والوجه في الفرق بينهما ان حق الشفعة حق ان يملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لاحق في المحل بوجه ما واما في باب القصاص فالمحل صار مملوكا في حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف بكونه حقا واذا صار المحل مملوكا في حق اقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحق في المحل فيملك الاعتياض * (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

غيران في بطلان الكفالة روايتان على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جنابة الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف الصلح من القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين * ولو قضى القاضي باحد مقادير فصالح على جنس اخر معها الزيادة حاز لانه تعين الحق بالقضاء فكل من مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيتهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ماتعين **قوله** غيران في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطل وبه يفتي وهو رواية ابي حفص وفي الصلح في رواية ابي سليمان رحمهما الله انه لا يبطل فوجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقط لا يعون وفي رواية الكفالة بخلافها فوجهه ان الكفالة بالنفس بسبب من الوصول الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا **قوله** بخلاف الصلح من القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ويفترقان ايضا في الصلح على الخمر والخنزير ذكر في المبسوط ولو كان القتل خطأ اي في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون اذا بطل بقي المال واجبا كما ان وهو الدية **قوله** كيلا يكون افتراقا عن دين بدين اي عن دين الدية بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر الخ صورته قضى القاضي بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتل على اكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فصح ان كان يدايد اما الوصالح على شيء من المكيل او الموزون سوى الدراهم والدنانير الى اجل هو باطل لان القاضي عين الحق في الابل فكان هذا اعتياضا عن دين بدين **قوله** فلا يجوز الزيادة على ماتعين اي شرعا (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب وادعاه الله حق الوالد لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما شرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصلح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المذهب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي بمحمد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازو كان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذل الدال لدفع الخصومة قالوا

قوله ولا يجوز من دعوى حد صورته رجل اخذ زانيا وسارقا وشارب خمر و اراد ان يرافعه الى الحاكم فصالح المأخوذ على مال على ان لا يرافعه الى السلطان فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى رجل على رجل فدفع فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يعنونه فالصلح باطل **قوله** ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها اي اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت انه ابنه ووجد الرجل فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب يثبت حثا للولد لا احتياجه اليه لاحقا لها فلا تملك الاعتياض لاستقاطه وكذا لو كان لرجل ظلة او كيف على طريق العامة فحاصده رجل واراد طرحه فصالحه على مال لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصلح واحد على الانفراد وانما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة بخلاف ما لو كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك لاهله فيظهر في حق الانفراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل الى تحصيل رضا الباقي فجاز كذا في الايضاح ولو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح المسلمين ويضع ذلك في بيت المال لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز* (قوله)

ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه **قال** وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابل به العوض فلم يصح *

قال وإن ادعى على رجل أنه عبدة فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لأنه يمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزومه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لأنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل وبثت الولاء *

قال وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عبدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبدا له رجلا عبدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق أن رقبة ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه يباع فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي إما عبدة من تجارته وتصرفه نافذ فيه يباع فكذا استخلاصا وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراء فيملكه *

قوله ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه هذا عام في جميع أنواع الصلح **قوله** وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها كأنه زاد في مهرها ثم خالف على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة **قوله** فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة إذا لبس له شيء من هذه الفرقة وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على دعواها فلا يكون ما أخذه عوضا عن شيء فلا يجوز لأنه رشوة محض من غير دفع خصومة ويلزم مهارة **قوله** ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل هذا أيضا كونه بمنزلة الاعتاق على مال إذا لو كان بطريق المعاوضة لما جاز هذا لأن الحيوان لا يثبت دين في الذمة في المعاوضات (و)

(كتاب الصلح فصل)

قال ومن غصب ثوبا يهود بأقيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة رح وقال لا يطل النضل على قيمته بما لا يتغلب الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغلب الناس فيدلانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولا لابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك المولى اخذ القيمة بكون الكفن عليه اوحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالتضاء قبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتبارا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال** واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالنضل باطل وهذا بالاتفاق اما عند ما ملأينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل *

وقوله الى اجل التاكيد فان ما لا يثبت دينافي الذمة لا يثبت بذكر الاجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في الحيوان فيكون ذكر الاجل مؤكدا للنفي وجوب الحيوان دينافي الذمة * **قوله** يكون الكفن عليه تبين بهذا ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه فكان الصلح واقعا عن ملكه في الثوب المستهلك ولا ربوا بين الثوب والدرهم **قوله** اوحقه في مثله صورة ومعنى هذا الوجه الثاني لابي حنيفة رحمه الله وهو ان حق المالك في مثل المغصوب صورة ومعنى واجاب الثوب والحيوان ممكن في الذمة كما في النكاح والدية وانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فاه الاضرورة في اجاب المثل لان الله تعالى عالم بذلك فمالم يقض القاضي بالقيمة بقي المثل واجبا في الذمة ومنه فقبل قضاء القاضي بالقيمة (اذا)

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم التوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان التوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالتكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مبادىء بعقد الضمان لا بعقد الصلح

اذا اترضا على الاكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه او عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربوا كما اذا كان العبد او الثوب قائما بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالح على اكثر من القيمة لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبد بين الرجلين فاعتقه احدهما وهو موصوف صالحه الآخر مع المعتقد على اكثر من قيمة يفيقه بالفضل باطل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص عليها قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقدر الشرع لا يدون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما مر لانها غير منصوص عليها فلم يقم فيها دلالة التقدير فان قيل لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلته القيمة يكون مبيعا فلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام مؤجل لان الطعام بدل عن القيمة ولهذا الوصاله على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس جاز ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان والله اعلم *

* باب التبرع بالصلح والتوكيل به *

قوله ما صالح عنه اي عن الموكل *

(قوله)

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل **قال** وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقه هو والاجنبى سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفبي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ونزومه تسليمه لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على العبد وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده

قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل هذا اذا كان الصلح من اقرار او ما اذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء وفي المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعنوع عن التصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم الا ان الاجنبى ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فيه ملكه بازاء ما التزم شيء لان المستطيق يكون متلاشيا فلا يكون داخل في ملك احد وان كان لم يضمن لم يلزمه المال بطلاق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعى عليه فالمال على المدعى عليه لان الاجنبى معبر عنه الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد اليه وان كان بغير امره فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضائه والمدعى لم يرض بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه **قوله** كالفضولي في الخلع اي من جانب المرأة **قوله** ويكون متبرعا بالواو **قوله** بخلاف ما اذا كان بامره اي لا يكون متبرعا على المدعى عليه حينئذ **قوله** ولا يكون لهذا المصالح (شيء)

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

وَمَوْقَالَ صَالِحْتِكَ عَلَى الْفِ قَالَ فَقَدْ مَوْقُوفٌ فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَدْعَى عَلَيْهِ جَازٍ وَلِزِمَهُ الْإِلْفُ
وَن لَمْ يَجْزِهِ بَطْلٌ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعَقْدِ أَنَّهُ هُوَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ لِأَنَّ دَفْعَ الْخَصْمَةِ حَاصِلٌ لَهُ
إِلَّا أَنْ الْفَضُولِي بِصِيرَا صِيلًا بِوَاسِطَةِ إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَى نَفْسِهِ فَإِذَا لَمْ يَضْفِ بَقِيَ عَاقِدًا
مِنْ جِهَةِ الْمَطْلُوبِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَوَجْهٌ آخَرُ أَنْ يَقُولَ صَالِحْتِكَ
عَلَى هَذِهِ الْإِلْفِ أَوْ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ وَلَمْ يَنْسِبْهُ إِلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا عَيْنُهُ لِلتَّسْلِيمِ صَارَ شَارِطًا لِسَلَامَتِهِ لَهْ فَيَتِمُّ
بِقَوْلِهِ وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْعَبْدُ أَوْ وَجَدَهُ عِيَا فَرْدَةً فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْمَصَالِحِ لِأَنَّهُ التَّرَمُّ الْإِيْقَاءُ مِنْ مَحَلِّ
بَعِيْنِهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا سِوَاهُ فَإِنْ سَلِمَ الْمَحَلُّ لَهُ تَمَّ الصَّلْحُ وَإِنْ لَمْ يَسْلَمْ لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ بِخِلَافِ
مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى ذَرَاهِمٍ مَسْمُومَةٍ وَضَمْنَهَا وَدَفَعَهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ أَوْ وَجَدَهَا زَيُوفًا حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ
جَعَلَ نَفْسَهُ صِيلًا فِي حَقِّ الضَّمَانِ وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ فَإِذَا لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَا سَلِمَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِبَدَلِهِ *

شَيْءٍ مِنَ الْمَدْعَى وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ لِأَنَّ تَصَحُّيْحَهُ بِطَرِيقِ الْإِسْقَاطِ أَيْ إسْقَاطِ الْمَدْعَى
عَنِ الْمَدْعَى عَلَيْهِ وَالْمُسْقَاطُ يَكُونُ مِثْلًا شَيْئًا فَلَا يَثْبُتُ لَهُ شَيْءٌ وَلَا فَرْقٌ فِي هَذَا أَيْ فِي أَنْ لَا يَكُونَ
لِلْمَصَالِحِ شَيْءٌ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ مَقْرَأًا أَوْ مَنكَرًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَتَبَرَعًا عَلَيْهِ بِهَذَا الْعَقْدِ فَصَارَ مَالُ الْوَتْبَرِ
بِقَضَاءِ الدِّينِ بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ الْمَدْعَى عَيْنًا وَالْمَدْعَى عَلَيْهِ مَقْرَأًا فَهُوَ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ
إِنْ كَانَ بَغِيرًا مَرَّةً لِأَنَّ الْعَيْنَ يَصِحُّ شِرَاؤُهَا مِنَ الْمَالِكِ وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ غَيْرِهِ فَمَا شَرَاءُ الدِّينِ
مِنْ صَاحِبِهِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ تَمْلِيْكُ الدِّينِ مِنْ غَيْرِهِ عَلَيْهِ الدِّينُ *

قوله وَلَوْ قَالَ صَالِحْتِكَ عَلَى الْفِ قَالَ فَقَدْ مَوْقُوفٌ هَذَا اخْتِيَارُ بَعْضِ الْمَشَائِخِ وَقَالَ بَعْضُهُمْ
بَلْ يَنْغْذِهِنَّ عَلَى الْمَصَالِحِ وَإِنَّمَا تَوْقُفٌ فِي قَوْلِهِ صَالِحٌ فَلَا نَاقَةَ فِي الذَّخِيرَةِ إِذَا صَالَحَ الرَّجُلُ عَنْ
الْمَدْعَى عَلَيْهِ بِغَيْرِ أَمْرٍ لَا يَخْلُو مَا أَنْ قَالَ الْمَصَالِحُ صَالِحٌ فَلَا نَاقَةَ عَلَى الْفِ دَرَاهِمٍ مِنْ دَعْوَتِكَ
عَلَى فُلَانٍ وَفِي هَذَا الْوَجْهِ يَقِفُ الصَّلْحُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَدْعَى عَلَيْهِ وَلَا يَنْغْذِي عَلَى الْمَصَالِحِ
وَلَا عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ وَإِنْ رَدَّ الْمَدْعَى عَلَيْهِ بَطْلٌ وَإِنْ أَجَازَ جَازًا كَانَ الْمَطْلُوبُ بِالْمَالِ هُوَ الْمَدْعَى
عَلَيْهِ وَإِنْ قَالَ الْمَصَالِحُ صَالِحْتِكَ وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ صَالِحٌ فَلَا نَاقَةَ عَلَى الْفِ مِنْ مَالِي (وَكَذَلِكَ)

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه واستطاع بقبضه أن يضمن له على آخر ألف درهم عصالحة على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جبار فصالحه على خمسمائة زيوف جازوكانه أبرأه عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لانصائه إلى الربوا فجعل استقاطا للبعض في المسئلة الأولى والبعض والصفة في الثانية ولو صالح على ألف مؤجلة جازوكانه أجل نفس الحق لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسبتة لا يجوز تحميلة على التأخير ولو صالحه على دينانير إلى شهر لم يجز لأن الدينانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدينانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حاله لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه منه وذلك

وكذلك صالح فلانا على ألف على أني ضامن ففي هذه الأوجه ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به مملوكا وأما إذا قال ما احتك على ألف درهم ولم يزد على هذا اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا هو نظير قوله صالحني وقال بعضهم هو نظير قوله صالح فلانا والله أعلم بالصواب *

* باب الصلح في الدين *

قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة أي إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه واستقاطا للبعض لا معاوضة وإنما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم في الغصب والاتلاف كذلك لأن الأصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه * (قوله)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو بواخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كد قدره ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو جود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالح على مائة درهم حاله والى شهر صح الصلح لانه يمكن ان يجعل اسقاطا لئلا ينبرطها والدراهم الامة وتؤا جبلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعدولان معنى الاسقاط فيه الزم **قال** ومن له على آخر الف درهم فقال ادالي غدا امنها خمسمائة على انك بريء من الفضل فنعمل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رخص لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمته على وهي للمعاوضة والاداء لا يصح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الا براء مطلنا فلا يعود

قوله اعتياض عن الاجل وهو حرام وهذا لان الاجل صفة كالجودة والاعتياض عن الجودة لا يجوز فكذا عن الاجل الا ترى ان الشرع حرم ربوا النسيئة وليس فيه الامتالة المال بالاجل شبهة فلان يكون مقابلته المال بالاجل حقيقة حراما واولى بالاجل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسئلة فان الدائن اسقط من حقه خمسمائة والمديون اسقط حقه في الاجل في الخمسمائة الباقية فيكون معاوضة بخلاف ما اذا صالح من الف على خمسمائة فانه يكون محمولا على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين **قوله** اولان معنى الاسقاط فيه الزم لان الصلح عبارة عن الخطيئة والخط في هذا اكثر فيكون معنى الاسقاط فيه الزم **قوله** لكونه مستحقا عليه اي قبل الصلح بحكم المداينة والعوض ما يجب بالشرط وان اداء الخمسمائة غدا كان واجبا قبل الشرط فلم يصح الشرط لعدم (الفائدة)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ بابراء الخمسمائة في الغد وانه يصلح عوضا حذرا فلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المثلابة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا تصرفه لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

الثالثة فبني الابراء مطلقا والدليل على ان النقد لا يصلح عوضا ما قال اصحابنا رحمهم الله فيمن باع عبدا من آخر بالف درهم على ان ينقذه الثمن في اليوم والى ثلثة ايام لا يصير النقد عوضا حتى اذا لم ينقذ الثمن في الوقت المذكور لا يبطل البيع لان النقد كان واجبا فلم يصح ان يكون عوضا عن البيع كذا هذا *

قوله كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الاف على ان تعطيني خمسمائة غدا **قوله** ولهما الى آخره يعني ان الابراء لم يثبت مطلقا بل مقيد بالشرط وهذا لان قوله على انك بري خرج مخرج الا عواض كقوله ابرأتك على كذا الوصل المحتمل على كذا فيكون هذا منه ابراء بازاء تعجيل خمسمائة غدا وما يقابله الابراء وهو اداء خمسمائة غدا وان لم يصلح عوضا للابراء يصلح شرطا لان تعجيل بعض المال قد يرغب فيه حذرا عن فوت الكل عند فلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وقد بدأ بالاداء ثم اعقبه بالابراء وما وجد الابراء الا والاداء مقروون به ولا يصلح عوضا ويصلح شرطا فينقيد به **قوله** فهي محتملة للشرط لوجود معنى المثلابة فيه بيان مجوز الاستعارة وهو ان في المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض وفي الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجاز ان تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المثلابة فيه **قوله** اولانه متعارف يعني ان لجواز استعمال مثل هذا الشرط في الصلح معنيين احدهما ان تكون كلمة المعاوضة وهي كلمة على مستعارة للشرط لوجود معنى المثلابة بين الشرط والجزاء والثاني كون مثل هذا الشرط متعارفا فيه والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به والفرق بين التنقيد بالشرط والتعلق به (ثابت)

ثبت لفظ ومعنى اللفظ فهذان في التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط كان واذا ومنى وام معى
 فان في التقييد الابراء بالشرط يحصل الابراء في الحال بشرط وجود ما قيد به حتى اذا
 لم يوجد المقيد يعود الدين وام في تعليق الابراء بالشرط لا يوجد الابراء اصلا في الحال لان
 المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك لان التقييد بوقت بمنزلة الاضافة الى ذلك الوقت
 والاضافات اسباب في الحال بخلاف التعليق حتى ان من حلف لا يطلق امرأته فاضاف الطلاق
 الى الغد فقال انت طالق غدا بحث في يمينه ولو علق طلاقها بمجيء الغد فقال انت طالق
 اذا جاء غدا لا يحنث ولا يقال كلمة على دخل البراءة دون الاداء فكيف يكون الاداء شرطا
 للبراءة وما دخل عليه كلمة على هو الشرط كما في قوله انت طالق على الف انت حر على الف
 وكقوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا لان قول نه خولها على البراءة بمنزلة
 دخولها على الاناء بحكم المنة بلذ البتة بينهما وعدم ابتذنا ككل واحد منهما من الآخر وهو
 نظير ما روي في الخلع من هذا الكتاب ما اذا قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها
 واحدة فلا شيء عليها عن ابى حنيفة رحمه الله لانها صارت طالبة للثلاث بكلمة الشرط نصار كل
 واحد منهما شرطا لصاحبه وصار بحكم الاتحاد دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق *
قوله كما في الحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحدثال عليه منفسا يعود الدين
 الى ذمة المحيل وفي الفوائد الظهيرين لهما ان هذا حط بعوض وقد فات فيبطل الحط كما
 لو حط بشرط ان يعطيه بالباقي رهنا او كفيلا فلم يعطه وبيان ان هذا حط بعوض انه حط خسارة
 شرط ان ينقد خسمائة في الغد وتقد خسمائة في الغد يصلح عوضا عن الحط لان الطالب
 ينتفع به كما هو المعروف ومات ابي يوسف رح ان النقد لا يصلح عوضا عن الحط لان النقد كان
 واجبا قبل الحط فلما القد قبل الحط كان واجبا في المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط
 فيعتبر واجبا مرة اخرى يصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذا ثبت مرة يعتبر ثابتا (مرة)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

وسنخرج البداية بالبراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه
 أحدها ذكرناه والثاني اذا قل صلحك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا
 وانت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حاله وجوابه
 ان الامر على ما قال لانه اني بصريح التقييد فيعمل به. والثالث اذا قل ابرأك من خمسمائة
 من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والبراء فيه واقع اعطى الخمسمائة ولم يعط
 لانه اطلق البراء اولاً واداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً طلقاً ولكنه يصلح شرطاً فوقع
 الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان البراء
 حصل مقروناً به فمن حيث انه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ومن حيث انه يصلح شرطاً
 لا يقع مطلقاً فلا يثبت الاطلاق بالشك فانفردا والرابع اذا قل ادالي خمسمائة على
 انك بري من الفضل ولم يوقت للداء وقتاً وجوابه انه يصح البراء ولا يعود الدين لان هذا
 ابراء مطلق لانه لم يوقت للداء وقتاً لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لانه واجب عليه في مطلق
 الزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة لا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد
 فرض صحيح والخامس اذا قل ان ادبت الي خمسمائة او زال اذا ادبت او منى ادبت
 فالجواب فيه انه لا يصح البراء لانه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من
 معنى التملك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به *

مرة اخرى اذا افاد اعتباراً ثابتاً مرة اخرى بدليل ان من ظاهر من امراته مراراً صح
 لما ان اثباته مراراً يفيد شيئاً وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا التقيد يعتبر واجبا مرة اخرى
 ليصير عوضاً عن الخط لقواته *

قوله وسنخرج البداية بالبراء وهو الوجه الثالث المذكور بعد هذا وفيه العذر لما ناس عليه ابو يوسف رح
 بقوله كما اذا بدأ بالبراء **قوله** واداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً لان العوض ما لا يكون
 حاصلاً وههنا اداء الخمسمائة حاصل له لانه واجب عليه بدون ابراء بعضه **قوله** فوقع
 الشك في تقييده اي في تقييد البراء بالشرط بعد ما اطلق البراء لان اداء الخمسمائة (ان)

قال ومن قال لا خلا اقرلك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما ان اقال علانية يؤخذ به *

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين

ان صلح مقيدا من حيث انه يصلح شرطا لا يصلح مقيدا من حيث انه يصلح عوضا فوقع الشك في التقيد فلا يثبت بالشك بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان البراء حصل مقيدا بأداء خمسمائة وباعتبار صلاحيته شرطا لا عوضا وقع الشك في اطلاق البراء فلا يثبت الاطلاق بالشك وفي المسئلة الرابعة البراء مطلق لان اداء الخمسمائة لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح غرضا صحبحا لما لم يقبده بزمان معين فيلغو ذكره وفي المسئلة الخامسة لا يصح البراء لان تعليق البراءة بالشرط المصريح باطل وهذا لان البراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التسليم حتى يرتد بالرد وتعليق التسليم بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالعناق والطلاق جائز نفى البراء المشتمل على المعنيين فلما يصح اذا لم يصح بالشرط ولا يصح اذا صرح بالشرط عملا بالشبهين *

قوله جازاي التأخير والحط على رب المال **قوله** ليس بمكره لانه يمكنه دفع هذا بإقامته البينة والاستخلاف لينكل الاتري ان الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الانكار لما قلنا الا ان فيه نوع اضطراب وذا لا يمنع نفاذ التصرف كشراء الطعام بمن غال عند المجاعة او بيع عيين من اعيان ماله بطعام لياكله كان تصرفه نافذا وان كان مضطرا فيه فكذلك اذا اخر او حط مضطرا والله اعلم *

* فصل في الدين المشترك *

قوله واذا كان الدين بين الشريكين وضع المسئلة في الدين لان العيين بين الشريكين (اذا)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في الدين المشترك)

فصل في صلح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين

إذا صلح أحدهما من نصيبه على شيء لم يشرك الآخر فيه وذكر في باب الصلح في الغصب من صلح المبسوط ولو أن رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن أبيهما فصلح أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه سواء كان المصالح منكرا أو مقرا لأنهما يتصاران على أن المدعي ملكها وإن المصالح مانع لتصبيه وتصادقهما يكون حجة في حقهما *

قوله فصل في صلح أحدهما من نصيبه قيد بالمصالحة لأنه إذا اشترى أحدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجيء في الكتاب وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقباض وهو قوله إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين **قوله** وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة فإن قيل ينبغي أن لا يكون له حق المشاركة في الثوب لأن الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة وفي المعاوضة المحضة لا سبيل للشريك على الثوب كذا هنا فلما ذكر في مبسوط خواهر زاده أن الصلح على خلاف جنس الحق شراء في عامة الأحكام استثناء العين الحق في بعض الأحكام وأما المعاوضة المحضة فليست باستثناء بعض الحق بوجه ما يظهر هذا في مسائل منها إذا صلح من الدين على عبد وصاحبه مقربا الدين وقبض العبد ليس له أن يبيعه مرا بعة من غير بيان ولو كان مكانه شراء له أن يبيعه مرا بعة من غير بيان ولو تصادق على أن لا دين يبطل الصلح ولو تصادق على أن لا دين لا يبطل الشراء ولو ادعى دار في يد أنسان أنها له فجدد ثم صالحه على أن يشتري الدار من المدعي بامته له كان للشفع أن يأخذها بالشفعة بقيمة الامته ولو صالحه عن الدار على امته بعد ما جدد الدار لا يصير مقرا ولا يكون للشفع الشفعة **قوله** إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف الثوب فإن الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكن ولاية الشركة في نصف الثوب ويجوز أن يكون من قوله إن شاء اتبع الذي عليه (الدين)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في الدين المشترك)

إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشارك في المقبوض لأنه ازداد بالتبض اذمالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتفسير كزيادة الولد والشرعة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فإذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك *

قال ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما لما اشتركا في المقبوض لابد أن يبقى الباقي على الشركة *
قال ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كمال لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة

الدين بنصفه فإن الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والأحسن أن يكون من قوله لشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة *

قوله إذا قبض أحدهما شيئاً منه أي بطريق الاستيفاء **قوله** لأنه ازداد بالتبض لأن للتد مزية على النسبة **قوله** كمن المبيع إذا كان صفقة واحدة بأن جمع اثنان عديدين لكل واحد منهما عبد وباعاً صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وإن اختص كل واحد من العديدين بأحد هما وثن المال المشترك بأن باعاً عبداً مشتركاً بينهما صفقة واحدة والموروث بينهما بأن مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه **قوله** لما قلنا إشارة إلى قوله لأنه ازداد بالتبض *

كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في الدين المشترك

فلو الزمناه دفع ربع الدين بتضرره في تخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعينه والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة لدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا بمقتضى ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اذلاف وليس بتبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخراجهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح اعتبارا بالبراء المطلق ولا يصح عند هذا انه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عيانه او اشتراه شراء فاسد او هلك في يده فهو قبض

قوله ولو الزمناه دفع ربع الدين بتضرره يعني لو الزمنا المصالح ربع الدين بتضرره لان الصلح مبناه على الخط بما كان المصالح عليه لا يبلغ قيمته الاربع الدين فيتضرره في تخير بين ان يدفع نصف المصالح عليه او ربع الدين كما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترى احد الشريكين من المدين شيئا بحصته حيث كان له ان يضمه ربع الدين لان معنى البيع على الماكسة فالظاهر استيفاء حقه كملا فلا ضرر له في ايجاب ربع الدين ثم لا سبيل للشريك على الثوب المبيع لانه ملكه بعينه لا بسبب الدين لان عقد الشراء مثبت للملك بنفسه فيستغنى عن قيام الدين السابق ولا كذلك عقد الصلح **قوله** لانه قاض بنصيبه لا بمقتضى لان آخر الدينين يصير قضاء عن اولهما لان القضاء لا يسبق الوجوب **قوله** لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر في الوصف والحكم اما في الوصف فلا نه يقال لاحدا لنصيبين حال والاخر مؤجل واما في الحكم فلان الساكت ان يطالب المديون بنصيبه في الحال والمؤخر لا والتسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للآخر وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لان القسمة (تميز)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في المشترك)

والاستيجار بنصيبه قبض

تميز وما في الذمة لا يتصور فيها التدين ولان في القسمة تملك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه و تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل آخر قصد او الانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة والفرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين البراء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة البراء هوانه لا يبقى نصيبه بعد البراء اصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفي التأخير بقي نصيب كل واحد منهما في اصل الدين على حاله حتى ان الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر ان يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما ولان في التصرف المؤخر اضرار ابشر به واحد الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كانت احد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر ان يبطل الكتابة وههنا في التأخير ضرر دون البراء بيان ذلك انه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا اخر نصيبه ثم استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف البراء اذ ليس فيه اضرار بشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك *

قوله والاستيجار بنصيبه قبض صورة المسئلة ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاستأجر احدهما بنصيبه من الالف دارا من الغريم سنة وسكنها فاراد شريك المستأجر اتباعه فانه له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عد له منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان ديناً في الذمة بدلا من المنفعة كما في غيرها من الاموال وروى ابن سماعه (من)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في الدين المشترك)

وكذا الا حراق عند محمد رح خلا فالابي يوسف رح والتزوج به اتلاف
في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد *

من محمد رح هذا اذا استأجرا أحدهما بخمسائة اي مطلتا من غير اضافة الى نصيبه
من الدين ثم صار نصا بنصيبه فاما اذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخران يرجع
عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل
نصيبه المنفعة لا يضمن باعتبار ما لا مطلقا لشريكه *

قوله وكذا الا حراق عند محمد قبل صورة المسئلة المختلف فيها ما اذا رمى بالنار على ثوب
المديون فاحرقه واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك ان يتبع المحرق بالا جماع
لانه ح يكون الاستهلاك بعد الغصب **قوله** والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية اي
التزوج بنصيبه من الدين اتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه
لو تزوج احد الشريكين المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة ولكن لم تضاف الى الدين
فان نده يتبع الساكت تزوج لان الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المتأصلة فيرجع الساكت
عليه ولا كذلك اذا اضاف العمد الى الدين لان النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار
بمنزلة الابراء وهذا لا يتبع فكذا هنا وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشرع
ابي يوسف رحمه الله ان للآخران بشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان
التزوج بالدين المشترك قبض لان التزوج وان كان به لفظا لكنه بمثله معنى فصار
كزوجهما بخسمائة والفرق على ظاهر الرواية انه متى تزوجهما على نصيبه من الدين
لم يعد الزوج مقتضيا لنصيبه من الدين لانه تعلق النكاح بعين الحصة لان النكاح منى اضيف
الى دين في الذمة بتعلق النكاح بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح ثم يسقط عن ذمتها
عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجهما بخمسمائة **قوله** وكذا
الصلح من جناية العمد اي جنى احد الشريكين على المديون عمدا نال صالحة عنها على نصيبه (قوله)

قال وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ر ح وقال أبو يوسف ر ح يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما إذا اشترى عبدا فإلّا قال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شري العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرّد أحدهما برفعه ولأنه لو أجاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه

قوله وإذا كان السلم أي المسلم فيه بين الشريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ر ح وقال أبو يوسف ر ح يجوز الصلح والحاصل أنه يتوقف الصلح عندهما على إجازة صاحبه فإن أجاز نفذ عليهما كأنهما صالحا وكان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وإن رده بطل أصلا وبقي الطعام كله بينهما وعند أبي يوسف ر ح الصلح جائز بين المصالح والمسلم إليه ما إن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده ثم أحذر بي الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الآخرين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا **قوله** بخلاف شراء العين جواب لقوله وبما إذا اشترى عبدا فإلّا قال أحدهما أي الإقالة في العين تصرف في الحكم في حالة البقاء وذلك يستغني عن العقد وهنا التصرف في إبطاله واتع في العقد وهو ينعقد بهما فلا يجوز أن يتفرّد أحدهما بالإبطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته إذ حالة الدين كحالة الوجود إلى أن يقبض والحكم يقتصر إلى العلة ثبوتها ولأنه لو جاز الصلح من أحدهما يؤدى إلى أن يستطحق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه وذلك لا يجوز كما لو تقابلا السلم ثم أراد أنسخ الإقالة فانه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لأن الآخر إذا اختار المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس (المال)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في التجارح)

قالوا هذا اذا اخطأ رأس المال فان لم يكونا قد اخطأنا فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق *

فصل في التجارح

واذا كانت الشركة بين ورثة فخرجوا احد هم منها بمال اعطوه اياه والتركه عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا

المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة في باب السلم لا تحتمل الابطال *

قوله قالوا هذا اذا اخطأ رأس المال اي هذا الخلاف فيما اذا اخطأ رأس المال فان لم يكونا قد اخطأنا فعلى الوجه الاول وهو ما ذكرناه لوجاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة هو على الخلاف لان دلالة الوجه الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى الوجه الثاني وهو ما ذكرناه لوجاز بشاركه في المقبوض هو على الاتفاق اي جوابهما ههنا كجواب ابي يوسف رح لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة ههنا اذ لم يكن بينهما شركة فيما تقدم من رأس المال والصحيح ان الخلاف في التفصيلين ثابت الا ان عدم جواز الصلح فيما اذا اخطأ بعلتين وفيه اذ لم يخطأ بعلته واحدة وذكر في الاوضح ان دعوى الاجماع فيه غير مد يد لان الشركة في المقبوض انما تلزم من الشركة في دين السلم والشركة في دين السلم من اتحاد عقدهما وذلك ثابت لا يختلف بينهما اذا اخطأ رأس المال وبينما اذ اتقد كل واحد منهما نقدا على حدة والله اعلم *

فصل في التجارح

وهو من الخروج وهوان بصطلم الورثة على اخراج بعضهم بشيء معلوم وصورته امرأة مانت وترك زوجا وبنتا واختالاب وام ففي المسئلة الربع والنصف والباقي والتركه دنانير (و)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في التخرج)

لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه من ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهابا او كان ذهابا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقاض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح * وان كانت التركة ذهابا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة واثواب فصول الزوج على الاثواب والدنانير يقسم بين البنت والاخت على ثلثة اسهم سهمان للبنت وسهم للاخت *

قوله لانه امكن تصحيحه بيعا انما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء عما زاد من نصيبه لاننا لو قلنا بالابراء يلزم الابراء عن الاعيان الغير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه وروي عن عمر ابن دينار ان احدي نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الف درهم ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فختلفت الصحابة رضي الله عنهم اجمعين في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الف دينار **قوله** لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح الاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون **قوله** لا بد من تجديد القبض وهو ان يرجع الى موضع فيه العين وبمضي وقت يتمكن فيه من قبضه **قوله** فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس قال الحاكم ابو الفضل رحمه الله انما يبطل الصلح على مثل نصيبه او اقل من مال (الربوا)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في التخرج)

احتراز عن الربوا* ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والغضة لانه صرف في هذا التقدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلنا لعدم الربوا* ولو كان في التركة الدراهم والدنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف **قال** وان كان في التركة دين علي الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تملك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح* وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط وهو تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبينة الورثة والا وحده ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين الربوا في حال التصديق واما في حال المذاكرة فالصلح جائز لانه يعطى المال لدفع الخصومة فلا يمكن فيه الربوا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربوا* **قوله** احتراز عن الربوا لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق البراءة لان البراءة عن الاعيان باطل لان الاسقاط انما يستعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق المعاوضة ولا يمكن ههنا لانه يبقى شيء من التركة بلائس في ضمن المعاوضة فيكون ربوا فلا بد من ان يزيد على نصيبه حتى ينتفي الربوا **قوله** ويكون الدين لهم فالصلح باطل اي في الكال في الدين والعين جميعا واما في حصة الدين فلكونه تملك الدين من غير من عليه الدين واما في حصة العين فلان الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا لا اتحاد الصنفين وهذه المسئلة برودة نقضا على ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالوا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا افسدا في الكل وقيل في الفرق لهما ان يبيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن وقيل بطلان الصلح في العين قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبقى العقد صحيحا في ما وراء الدين **قوله** وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء* (قوله)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في التخرج)

ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
والصلح على المكبل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهه الشبهة
ولو كانت التركة غير المكبل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز
لكونه يباع المصالح منه عين والاصح انه يجوز لانها لا تنضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه
في يد البقية من الورثة وان كان علي المبت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان
التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا مالم يقضوا دينه لتقدم جهة
المبت ولو فعلوا فالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا *

قوله ويحيلهم اي المصالح بقية الورثة على استيفاء نصيبه اي نصيب المصالح من الدين
قوله قيل لا يجوز لاحتمال الربوا هو قول الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله فقال
لا يجوز الصلح على المكبل والموزون لما كان فيه من احتمال الربوا بان كان في التركة مكيلا
او موزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه
ابي جعفر رحمه الله فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنس
بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم
الجواز مؤدبا الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار في فتاوى قاضي خان رحمه الله
والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر رحمه الله لان الثابت ههنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر
قوله والاصح انه يجوز لانها لا تنضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية
من الورثة ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية الى المنازعة مانعة الا ترى انه
لرباع قفيرا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة وكذلك لو باع المغصوب منه المغصوب
للقاصب والغاصب لا يعلم مقداره بجوز البيع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح
ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فينضي الى المنازعة **قوله** وذكر
الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا ويجوز قياسا قال شيخ الاسلام (رحمه الله)

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صغر اليد عنه فهدت الحاجة اليه شرع هذا النوع من التصرف ليستظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلعم والناس يباشرونه فقررهم عليه

رحمة الله في المسوّء هذا المسئلة على وجهين اما ان الدين مستغرق او غير مستغرق ففي الاول لا يتقسم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة عندنا فلهذا لا يقسم وفي الوجه الثاني فالقبض ان لا يقسم ولكن توفى الكل وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للمغرماء ويتقسم الباقي فيما بينهم بناء على ان الدين اذا لم يكن مستغر فاهل يملك الوارث في التركة ام لا فالقبض ان لا يملك الوارث شيء في التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان يملك التركة حتما لو كان الموروث جارية حل له ودائمها استحسانا نفعيا للضرورة عن الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل الدين واذا ملكها جميع التركة استحسانا كان يجب ان يقسم الكل بينهم الا انه لا يتقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى تقصص قضائه والله اعلم *

كتاب المضاربة

هي معاملة من ضرب في الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني بالضرب السفر للتجارة وفي الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركبها الاجاب والقبول كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة بالنصف ويقول المضارب قبلت او ما يؤدى هذا المعنى مثل ان يقول خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله تعالى من شيء فهو (بيتنا)

وتعاملت به الصحابة رضه * ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر ماله
لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر ماله * واذا ربح فهو شريك
فيه لتملكه جزءا من المال بعمله * فاذا افسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر
مثلته واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره *

قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراعاة الشركة في الربح وهو
يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى
ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا *

بيننا نصفان او على ان لك ربعه او خمسة او عشرة وشرطها ان يكون رأس المال من الاثنان فلا
الا بالمال الذي يصح به الشركة كما مر ثمه وحكمها حكم انواع ايداع وكالته وشركة واجارة وغصب
قوله وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين روي ان العباس رضي الله عنه
دفع المال مضاربة وشرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل وادى ولا يشتري به
ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه وكان
حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربة وروي عن عبد الله وعبيد الله بن
عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على ابي موسى الاشعري فتال لو كان عندي
فضل مال لا كرمكما ولكن مال من بيت المال فابتاع به واذا قد متها المدينة فادفعها الي
امير المؤمنين ولكم اربحه فلما قدما عمر رضي الله عنه فقال هذا مال المسلمين فربحه لهم فسكت
عبد الله وتكلم فيه عبيد الله حتى قال بعض الصحابة اجعلهما بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح
وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد رح قال كان لنا مال عند
عائشة رضي الله عنها وكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضي الله عنه
يدفع مال البيت مضاربة **قوله** لا على وجه البذل احتراز عن المقبوض على سوم الشري
قوله والوثيقة احتراز عن الرهن **قوله** ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة في الربح * (قوله)

قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل * ولودفع اليه عروضاً وقبل به واعمل مضاربة في ثمنه جائز لانّه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له قبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جازاً فلنا بمخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة ربح لا يصح هذا التوكيل

قوله يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال دراهم اردنا عند ابي حنيفة وابي يوسف ربح او فلو سارا ثبته عند محمد رحمه الله حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعاً وحاصله ان العروض لا تصلح لرأس المال في المضاربة عندنا خلافاً لما ذكره كذا في الكلي والوزني بخلاف ابن ابي ليلى وقال مالك ربح المضاربة بالعروض تصح لان العرض مال متقوم يتربح عليه بالتجارة عادة فيكون كالقيد فيه هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز ثبته المضاربة على العروض يجوز ابتداءها بالعروض لكننا استدلل بهي النبي عليه السلام عن ربح مالم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب وربها يرتفع قيمتها بعد العقد فاذا باعها حصل الربح ويستحق المضارب نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف التقديرات يشتري به وانما يقع الشراء بشئ مضمون في ذمته فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن وقال ابن ابي ليلى هي جائزة فيما اذا كان رأس المال مكيلاً او موزوناً ايضاً كما في النقود لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا ما ذكرنا انه يؤدي الى ربح مالم يضمن وانه منه **قوله** لانه يقبل الاضافة لاننا اعتبرنا الوكالة او الودعة او الاجارة فليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون المضاربة مضافة الى ثمن العروض والثلث يصح به المضاربة وكذا قوله قبض مالي على فلان لانه اضاف المضاربة الى حالة القبض وفي تلك الحالة يصير الدين عبئاً وانما شرط كون رأس المال عبئاً لان المضاربة لاستعمال المال وانما يتصور ذلك في العين ولان (١)

على ما مر في الوكالة وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري الآمر فيصير مضاربة بالعرض *
قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما رأبهم مسماة
 من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة *
قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فاعله لا يربح الا هذا القدر فتقطع
 الشركة في الربح وهذا لانه ابغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح
 لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة
 ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلا لما لمحدد رحمه الله

المضارب امين ابتداء ولا يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين مضمون على المديون *
قوله على ما مر في البيوع اي في بيع الوكالة وهي باب الوكالة بالبيع والشراء
 من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد الى آخره
 فعلى هذا معنى قوله اعدل بالدين الذي في ذمتك اني اشتري بالدين الذي عليك ما بدالك
 من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لان صحة المضاربة ان يكون رأس المال عينا ولم يوجد
 ذلك عند العقد ولا بعده فالمديون لا يكون قابضا للدين من نصفه لصاحبه وصاحب الدين
 لا يملك ان يبرئه عن الضمان مع بقاءه بدون القبض وان لم تصح المضاربة فما اشتراه
 المديون فهو له ولا شيء لرب المال منه عند ابي حنيفة ربح فدينه عليه بحاله وفي قولهما
 ما اشترى فهو لرب المال والمضارب بري من دينه وله على رب المال اجر مثله فيما عمل
 وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع **قوله** وان شرط زيادة عشرة هذا تفسير للمسئلة المتقدمة
 يعني اذا قال على ان ما رزق الله في ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة والباقي من الربح
 بيننا نصفان فهذه مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله
 وربما لا يربح الا مقدار العشرة **قوله** ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله
 المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك يغبر المشروع فجري وجوده مجري عدمه * (قوله)

(كتاب المضاربة)

كما بينا في الشركة ويجب الاجروان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العنل وقد وجدو عن ابي يوسف رحمه الله لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوتها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسد ولا خلال متصودة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد ها ويطل الشرط

قوله كما بينا في كتاب الشركة اي في شركة الاحتطاب والاحتشاش **قوله** اعتبارا بالمضاربة الصحيحة لان العقد السادس يؤخذ حكمه ابدان من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد وجد ظاهر الرواية ان السادس انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهذا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة لا شركة وانما اعتبار السادس بالصحيح في حكم عدم الضمان لان الاجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان **قوله** لانه عين مستأجر في يده اي ولانه عين استأجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الواحد وكمن استأجر رجلا ليعمل المستأجر فان مر في يد الاجير كانه عين مستأجر حتى اذا هلك لاضمان عليه فكذلك ههنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه ضامن للمال وقيل المذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم في كل مضاربة فاسدة وهذا قول الطحاوي رحمه الله وما ذكر في الكتاب بان المال في المضاربة غير مضمون بالهلاك قول الفقيه ابي جعفر الهندي واني والبرق لهما بين الاجير المشترك وبين المضارب في المضاربة الفاسدة على قول الفقيه ابي جعفر ان مال المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق والذي عند الاجير المشترك مضمون عندهما هو ان المضاربة متى فسدت نهى اجارة معنى من حيث ان المضارب يتنفي بعمله عوضا **قوله** مع انها فوتها اي في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح **قوله** وكل شرط يوجب جهالة (في)

كاشترط الوضعية على المضارب **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد
 لرَب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان
 المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال
 للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
 لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص
 يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير
 عاقدا كالصغير لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين
 واحد شريك العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا
 واشترط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه
 في الربح يفسد لان الربح هو المعقود عليه وجهه للمعقود عليه توجب فساد العقد نحو ان يعتد
 عقد المضاربة بشرط ان يدفع المضارب ارضه سنة الى رب المال ليزرعها رب المال او يدفع
 دارة الى رب المال يسكنها سنة ففسد المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة
 الدار فصارت العمل مجهولة فلم يصح بخلاف ما اذا عقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع
 رب المال ارضه الى المضارب يزرعها سنة او على ان يسكن دارة سنة فالشرط باطل والمضاربة
 جائزة لانه الحق بها شرطا فاسدا فبطل الشرط كذا في الايضاح وكذلك لو رد في الربح ايضا
 يفسد المضاربة نحو ان يقول بشرط ان يكون لك ثلث الربح او نصفه لجهالة في الربح *.

قوله كاشترط الوضعية على المضارب الوضعية اسم لجزء المال وكذلك اشترط
 الوضعية عليهما يفسد ايضا **قوله** وشرط العمل على رب المال مفسد حكى القاضي الامام
 عاصم العامري عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير رحمه الله اذا شرط رب المال لنفسه
 ان يتصرف في المال بانفراده متى بدأ له وان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده
 متى بدأ له جازت المضاربة وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضاربة اذا شرط العمل
 جملة لانه حينئذ لا يصير المال مسلما الى المضارب كذا في الذخيرة **قوله** او غير عاقدا (كا)

(كتاب المضاربة)

كما أذن بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما
فكذا اشترط عليهما بجزء من المال **قال** وإذا صحّت المضاربة مطلقة بجاز للمضارب أن يبيع
ويشتري ويؤكل ويسافر ويضع ويودع لا طلاق العقد والمتصور منه الاسترباح لا يتحصل
إلا بالتجارة فينظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا
الربداع والإصاع والمسافرة لا ترى أن المودع لئان يسافر المضارب أن يبيع وأن اللئط
دليل عليها لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف ربح المالك ليس له أن يسافر
وعنه عن أبي حنيفة ربح أنه أن دفع في بلدة ليس له أن يسافر لأنه تعرض على الهلاك
من غير ضرورة وأن دفع في غير بلدة له أن يسافر إلى بلد لئان هو المراد في الغالب والظاهر
ما ذكر في الكتاب **قال** ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له عدل بركاتك

كأصغيره لأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة بشرط عدل الصغير لأن الصغير إذا كان
مالكاً كانت يده على المال بجهة الملك كالكبير فيبقاء يده يمنع كونه مسلماً إلى المضارب *

قوله كما أذن إذا دفع المأذون ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب لم يجز لأن
يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويد يده نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى
التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل
أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشترط عليهما أي اشترط العمل
عليهما بجزء من المال أي بجزء من الربح لأن كل مال يجوز أن يكون المرأفيه مضارباً
وحده جاز أن يكون فيه مضارباً مع غيره وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي رافع للصغير
حكماً بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخليّة من قبل
الصغير لأنه رب المال وقد تحققت **قوله** مطلقاً أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة
قوله وعن أبي يوسف ربح أنه ليس له أن يسافر به هذا فيما له حمل ومؤنة بناء على قوله
في الوديع كذا في المبسوط **قوله** وأن دفع في بلدة أي في بلد المضارب **قوله** لأنه هو المراد (في)

لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التصيص عليه او التتويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فلن التوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برائيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فينضمه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برائيك لان المراد منه النعيم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكن الشركة والمخلط ببال نفسه فيدخل تحت هذا القول *

قال ان خص له رب المال التصرف في بلد بعيد او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه تركها وفي التخصيص فائدة فيخصص وكن ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تنويضه الى غيره *

في الغالب لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه الدليل على الرضاء بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه *

قوله لان الشيء لا يتضمن مثله هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهم لا يملكان الاعارة والمكاتب لان الكلام في التصرف نيابة وهذا ينصرفان لحكم المالكين لا لحكم النيابة اذا المستعير ملك المتعبرة والمكاتب صار حرا يداو المضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التصيص عليه او التتويض المطلق اليه **قوله** فلا يحصل به الغرض وهو الربح اي بالتعرض لان المتعرض بحكم التعرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره وهذا بخلاف الايداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان في الايداع حفظ المال وهو من صنيع التجار **قوله** فيدخل تحت هذا القول اي تحت قوله اعمل برائيك **قوله** وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه هذا احتراز عن سوق بعينها فان ذلك غير مقيد حتى جاز له ان يتجاوز التي عينها الا اذا عرج التخصيص بطريق النهي فقال لا تعمل في غير هذه السوق فيتخصص **قوله** وفي التخصيص فائدة (و)

(كتاب المضاربة)

قال فان خرج الى غير تلك البلد واشترى ضمن وكان ذلك لدوله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتري حتى رده الى الكوفة وهي التي عنها بري من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبنائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا ارد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشري ههنا وهو رواية الجاهل مع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج والصحيح ان بالشري يقتصر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشري للقرار لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال اعلى ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التبيد لان المصر مع ثبائنه اطرافه كبتعة واحدة فلا يفيد التبيد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول اعلى ان تعمل كذا وفي مكان كذا او كذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة

وهي صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن خيانتا المضارب حيث امكنه المنع عنها واختلاف الاسعار باختلاف البلدان والمضارب مادام في المصر لا يستحق النقص في مال المضاربة * **قوله** واشترى ببعضه اي وقد كان اشترى ببعضه في المصر الذي عينه **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق **قوله** الا اذا صرح بالنهي لان الدلالة لا تعارض الصريح وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون اذنا بالتناول اما اذا صرح بالنهي لا يباح تناول **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول ما يفيد التخصيص من الالفاظ الستة رفعت اليك المال مضاربة على ان يعمل به بالكوفة او يعمل به بالكوفة بالجزم او يعمل بالرفع او فاعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد لفظان دفعت اليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة فالضابطة ان رب المال مني ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلغظ به ابتداء ويمكن جعله مبينا على ما قبله تجعل (مبينا)

لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الغاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاق اما ان قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال علي ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقيد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال علي ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع ما لافي الصرف علي ان تشتري به من الصيارف وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارف جاز لان فائدة الاول التقيد بالمكان وفائدة الثاني التقيد بالنوع مبني عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يني علي ما قبله ويجعل مبتدأ

كما في اللغتين الآخرين وح يكون الزيادة مشورة *

قوله لانه تفسير له الكلام المبهم تعقيد تفسير الحكم لانه بك التفسير وقوله فاعمل به في معنى التفسير ايضا لان الغاء للوصل والتعقيب والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه انه تفسير وكذلك لو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاق فيقتضي ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال وانما يتحقق الصاقه بالكوفة اذا عمل بهادون غيرها اما اذا قال خذه مضاربة بالنصف واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به حيث شاء لان الواو للعطف والشئ لا يعطف علي نفسه وقد تكون الابتداء وقوله خذه مضاربة بالنصف واعمل به عطف او ابتداء فيكون مشورة لا شرطاً فان قيل لم لا يجعل قوله واعمل به حالاً كما في قوله ادالي الفاوانت حررتنا قوله واعمل به لا يصلح للحال بخلاف قوله وانتم حررتنا لان العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ علي اننا نقول الواو تستعار للحال مجازاً فصارت اليه الحاجة الي تصحيح الكلام والكلام صحيحها باعتبار الحقيقة فلا حاجة الي حملها علي المجاز **قوله** لان فائدة الاول التقيد بالمكان لانه لا فائدة في تقيده باهل الكوفة لان اهل الكوفة علي آراء مختلفة وطبائع متفاوتة كما كان عليه اهل سائر البلدان وهم بجملتهم لا يتفقون في حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بهم وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال فيتيقن به وفائدة الثاني التقييد بالسرعة لانه لما لم يخص (المعاملة)

هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك **قال** وكذلك ان وقت المضاربة وفتا بعينه يبطل العقد
بعضه لانه لو كبل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقيد بالزمان نصاً كالنتيجه بالنوع
والمكان **قال** وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقراءة او غيرها لان العقد وضع
لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه اعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة
شراء ما لا يملك بالتبض كشرى الخمر والشري بالهيئة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد
قبضه فيتحقق المتصور **قال** ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة لان الشري منى وجد نقداً
على المشتري نذر عليه كالمكيل بالشري اذا خالف **قال** فان كان في المال ربح لم يجز لانه يشتري
من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه وينسب نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع
التصرف فلا يحصل المتصور وان اشترى هم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشترياً للعبد فيضمن
بالقدم من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذا شاركه
فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشري عن نصيبهم منهم ملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال
شيئاً لانه لا يصنع من جهته في زيادة القيمة لا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت من طريق الحكم نصار
المعاملة بشخص بعينه بل خص من يعامل ذلك النوع في معاملاته وهم الصيارفة علم بهذا
ان مرادة تخصيص بيع الصرف لا الشري من الصيارفة *

قوله هذا هو المراد عرفاً اي بالاول والثاني **قوله** لقراءة او غيرها كالمحلول بعته
قوله لان العقد وضع لتحصيل الربح اي عقد المضاربة بخلاف الوكالة فان الوكيل بشري
العبد مطلقاً بالف درهم يملك ان يشتري بها عبد يعتق على موكله بالقراءة او باليمين
ولا يصير مخالفاً لان الوكالة مطلقة والمضاربة مقيدة بشري شيء يحصل فيه الربح بالبيع
فاذا اشترى ما لا يقدر على البيع فقد خالف حتى لو قال في الوكالة اشتر لي جارية او عبداً
بالف درهم ابيعه فاشترى عبد يعتق عليه صار مخالفاً ولا فرق بينهما حينئذ **قوله** بخلاف
البيع الفاسد اي يدخل البيع الفاسد في المضاربة كما اذا اشترى عبداً او ثوباً بخمراً
خزيراً لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المتصور **قوله** على الاختلاف المعروف (اي)

كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتسبت ماله عند فسخه فيه كما
 في الوراثة **قال** فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها
 فجاءت بولد يساوي الف فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الف وخمس مائة وثلثمائة عي موسر فان شاء
 رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة
 صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لغتد شرطه وهو الملك لعدم ظهور
 الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا
 صار اعيان اكل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام
 الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة

اي يفسد نصيب رب المال عند ابي حنيفة ربح ويعتق عندهما بناء على تجزي الاعتاق وعدمه *
قوله كما اذا ورثه مع غيره صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وترك زوجا واخا
قوله ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه اي من العبد وهو رأس المال ونصيبه من الربح
قوله والمدعي موسر قيد به لان ضمان الاعتاق انما يكون اذا كان المعتق موسرا ودعوة
 المضارب اعتاق في حق الولد فينبغي ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا
 ومع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه **قوله** حملا على فراش النكاح بان يزوجهما منه بائعا
قوله كمال المضاربة اذا صار اعيانا اي اجناسا مختلفة حقيقة او حكما حتى لو كان اعيانا
 من جنس واحد كل عين يساوي رأس المال يظهر الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد
 منهما يساوي الف ورأس المال الف كان له ربعها حتى لو وهب لرجل وسلمه اليه صح
 اما العبد فعند ابي حنيفة رحمه الله اجناس مختلفة لفحش التفاوت في المعاني الباطنة
 وعندهما كذلك الا ان يرى القاضي الصلاح في الجمع او يتراضوا على ذلك فحينئذ يجمع
 فان قيل لماذا لا يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لما ان الجارية كانت متعينة
 لرأس المال قبل الولد فيجب ان يبقى كذلك فلما ان تعينها كان لعدم المزاحم لانها (رأس)

لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا
 اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا التز بحدوية عبد غيره ثم اشترى فان اصبحت الدعوة
 وثبت السبب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان
 عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا يصنع له فيه وهذا اضمحان اعتاق
 ولاد من التعدي ولم يوجد وله ان يستعفى الغلام لانه احتسبت ماله عند ربه ان يعتق
 لان المستعفى كالمكاتب عند ابي حنيفة ربح ويستعفيه في الف ومائتين وخمسين لان
 الالف مستحق برأس المال والخمسة مائة ربح والربح بينهما فليد ايسعى له في هذا المقدار
 ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما
 استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيلاء فظهر ان التجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت
 دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالسكاح وتوقف نفاذها لنقد ملك فاذا ظهر للملك
 نفذت تلك الدعوة وصارت التجارية تام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا اضمحان تملك

رأس المال وراهم وبعد الولد تحققت المزا حمة فذهب تعيينها لرأس المال ثم انما لا يتعين
 احد هما لرأس المال لان احدهما ليس بأولي من الآخر للتعين لرأس المال *

قوله لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك لان
 صحة الانشاء محتمل تعند قيام المحللية في الحال وصحة الاخبار تعند احتمال المخبرية
 في الزمان الماضي وههنا ممكن المخبرية لاحتمال ان يكون على الفراش لصحة دعوته
 ظاهر فينفذ عند وجود الشرط **قوله** ولا يصنع له فيه اي في الملك لانه حصل بزيادة القيمة
قوله كالمكاتب عند ابي حنيفة ربح اي يقبل الا عتاق كما يقبل المكاتب **قوله** فظهر ان
 التجارية كلها ربح وانما لم يجعل التجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لان ما يجب على الولد
 من جنس رأس المال وانه مقدم في الاستيلاء فكان تعيينه لرأس المال اولى ولما صارت التجارية
 ربحا فقصرها الواجب على المضارب بصير ربحا ايضا فيكون بينهما *

(قوله)

وضمن التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة
بضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على مامر *

باب المضارب يضارب .

قال اذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع
ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا اربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح وقال اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح
يضمن بالدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه
الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كون المضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى فله ولا يبي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعد ايداع
والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا اربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن
كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمن الاول
وان عمل الثاني لانه اجبر فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن
الاول ولم يذكر الثاني وقال ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن
قوله وضمن التملك لا يستدعي صنعا لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوي
فيه التعدي وغيره كالنائم اذا انقلب على شيء وتلفه **قوله** ثم ملكها هو وغيره وراثة كالاخ
تزوج بجارية اخيه فمات المولى وترك الجارية بين الزوج واخ آخر يملكها الزوج
ويضمن نصيب شريكه لانه ضمان الملك **قوله** بخلاف ضمان الولد لانه ضمان اعتاق
فلا بد من التعدي ولم يوجد **قوله** على مامر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيئا
من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه *

باب المضارب يضارب

قوله وان كانت فاسدة اي المضاربة الثانية دل عليه قوله لانه اجبر فيه والحكم لا يختلف (بين)

(كتاب المضارب باب المضارب يضارب)

بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني
بالاجماع وهو المشهور وهذا عند جماهير وكذا عنده ووجه الفرق بينهما بين مودع المودع

بين ما اذا كانت الاولى فاسدة او الثانية او كلتا هما وفي الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما
اذا كانت المضاربتان جائزتين فاما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى
لوهلك المال في يد الثاني فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشتراك الثاني
في الربح واذا كانتا فاسدتين فما اثبت الاول للثاني شركة في الربح بل استأجر الثاني ليعمل
في مال المضاربين والمضارب اذا استأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة فعمل الاجير فلا ضمان
على واحد منهما وكذلك ان كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان الثانية اذا
كانت فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح بل يكون اجيرا والمضارب ان يستأجر اجيرا ليعمل
في مال المضاربة وكذلك ان كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة لان الاولى منى كانت فاسدة
تكون المضاربة الثانية فاسدة ايضا لانها لا تقيد الشركة في الربح لان الربح كله لرب المال اذا كانت
الاولى فاسدة فلا تقيد الثانية شركة في الربح وكل مضاربة لا تقيد الشركة في الربح تكون فاسدة
فاذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح والضمان انما يجب اذا ثبت
للثاني شركة في الربح فان قيل اذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الاولى لا يثبت هذا
القسم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة فلنا المراد من جواز الثانية في هذه الصورة
كون المشروط للثاني من الربح مقدار اجور المضاربة به في الجملة بان كان المشروط للاول
من الربح مائة ونصف الربح مع زيادة مائة والمشروط للثاني نصف الربح او ثلثه *

قوله بناء على اختلافهم في مودع المودع اذا اودع رجل ودیعة واودع المودع عند آخر
وهلك في يد الثاني لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعند هارب المال بالخيار
ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كما في المضارب الثاني عنده لا يضمن
وعند هارب رب المال *

(قوله)

ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صححت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط لا ندره انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له

قوله ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول لان على الاول حفظ المودعة فاذا دفع الى غيره يكون الثاني عاملا له بامر في القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كانه حفظه بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك في يد الثاني اما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لا كتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى الغير **قوله** لانه عامل له اي لان المضارب الثاني عامل لأجل المضارب الاول فان قيل بين هذا وبين ما تقدم وهو قوله اما المضارب يعمل فيه لنفع نفسه تناقض ظاهر حيث جعل المضارب الثاني في حق عمل واحد عاملا لنفسه ولغيره قلنا نعم كذلك الا ان ذلك بحسب اختلاف الجهة لما ان المضاربة مشتملة على عقود وذلك المضارب عامل لنفسه بسبب شركة في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتداء مودع المودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع وتسمية الشيء الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضا كشخص له اب وابن يسمى ذلك الشخص بالاب والابن بحسب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضا **قوله** وان ضمن الثاني يرجع على الاول بالعقد يعني بسببه وصحت المضاربة فان قيل المالك لو اختار تضمين المرتهن من الغاصب يرجع المرتهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن قلنا الرجوع على الراهن انما يكون باعتبار التسليم الذي وجد بعد العقد فلم ينفذ العقد السابق وعقد الرهن لازم فيعطى لبقائه حكم ابتداءه فلا يثبت الملك سابقا على عقد الرهن فلا ينفذ بخلاف المضاربة فانه عقد جائز فلا يعطى لبقائه حكم (قوله) ابتداءه فصار كما لمجدد للعقد بعد اداء الضمان *

(كتاب المضارب باب المضارب يضارب)

كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما
 شرط لان قرار الضمان على الاول فكانه صمته ابتداء وبطيب الربح الثاني ولا يطيب
 للاعلى لان الاسفل يستحقه بعدله ولا خيب في العدل والا على يستحقه بملكه المستند باداء
 الضمان فلا يعري عن نوع خيب **قال** واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان
 يدفع الى غيره فدفعت بثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان مارزق الله
 فهو ينصفان فرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث والمضارب الاول السدس لان
 الدفع الى الثاني مضاربة صح بوجود الامر منه من جهة مالك ورب المال شرط لنفسه نصف
 جميع مارزق فلم يبق الاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر
 ثلث الجميع الثاني فيكون له لم يبق الا السدس وبطيب لهما ذلك لان نعل الثاني واقع الاول
 كمن استوجر على خياط ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على
 ان مارزقك الله فهو ينصفان فله المضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب
 المال نصتان لانه فوض اليد التصرف وجعل لنفسه نصف مارزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون
 بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترا ولو كان قال له فماربحت من
 شيء فيني وبينك نصتان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب
 المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد
 جعل رب المال لنفسه ماربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان مارزق
 الله تعالى فلي نصعه او قال فما كان من فضل فيني وبينك نصتان وقد دفع الى آخر مضاربة
 بالنصف فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل
 لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني
 بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثلته *

قوله كما في المودع اي مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب المودع **قوله** فلا يعري آه
 لانه ثابت من وجهه دون وجهه فمن حيث انه لا ملك له تمكن الخيب فيه فيكون سبيله التصديق * (قوله)

وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح ولرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف وبضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غرة في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجده لخباطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف *

فصل

واذا شرط للمضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ونفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشترط العمل اذن له وله ان لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صححت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى *

قوله وهو سبب الرجوع اي الغرور في العقد سبب الرجوع وانما قيد بالغرور في ضمن العقد لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن فدخل فيه فقطع الطريق عليه قاطع الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه والله اعلم *

فصل

قوله لعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه التقيد لعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد للمولى فيمنع التخلى فقال هو جائز اي سواء كان على العبد دين او لم يكن لان عبد رب المال في حق المضاربة كعبد اجنبي آخر ولا يمنع التخلى لان للعبد يد معتبرة **قوله** ولهذا لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد اي اذا كان غائبا **قوله** وان كان محجورا عليه اي (عشا)

(كتاب المضارب... باب المضارب يضارب... فصل في العزل والقسمة)

ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف *

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكل على ما تقدم وموت المهكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعباد بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان الحقوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح

عند الابداع وفي الذخيرة اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب او لعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشروط جائز ايضا على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك ان لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب او عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا في حق العبد لان الربح انما يستحق اما برأس المال او بالعمل او بضمان العمل ولم يوجد واحد من هذه الاشياء في حق العبد وامكن تصحيحه في حق مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف والله اعلم *

فصل في العزل والقسمة

قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام والعباد بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد وهرب المال مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان (عقد)

لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرد فالتضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا يتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل فقد ابتوتف على علمه وان علم بعزله والمال عروس فلان يبيعها ولا يمنع الغزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبني على رأس المال وانما ينض بالبيع

عقد هذا المضاربة على ما شرط اما ان المتصل قضاء التقاضي بلحاظه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب العزل ولا بطلان الاهلية واما بعد المحاق والقضاء به فالوكيل ينزل بخروج محل التصرف من ملك الموكل واما هنا لا يبطل لكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط *

قوله لانه يتصرف له اي لان المضارب يتصرف لرب المال **قوله** ولو كان المضارب هو المرد فالتضاربة على حالها اي في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع ورجع او وضع ثم قتل على رده او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال او هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا انفذ تصرفه والعهد في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول ابي حنيفة رحمه الله لان حكم العهد يتوقف برده وهذا لانه لو لزمته العهدة لكان قضاء ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله فاذا تحت العهد عنه فان قتل على رده تعلق لمن انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا وكل بالشراء للغير وبالبيع وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فالعهد عليه ويرجع بذلك على رب المال **قوله** لان له عبارة صحيحة لان صحة عبارته لا ريب منه ولا نقصان فيها بعد الردة لانه ينكلم عن عقل وتميز كما قبل الردة ولهذا الواسم صح اسلامه **قوله** فله ان يبيعها ولا يمنع الغزل عن ذلك ففي هذه المسئلة يخالف المضارب الوكيل ثم (ما)

(كتاب المضارب... باب المضارب يضارب... فصل في الغزل والقسمه)

قال نم لا يجوز ان يشتري بئنها شبة آخر لان الغزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار وقد افعل الغزل فان عزله ورأس المال دراهم اودنانير قد نضت لم يجزله ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقد في الربح ولا ضرورة قال رخص وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير وعلى القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها *

قال واذا اشترى في المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالا حرد وان لم يرض لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض

طالم يبعه عزل رب المال عن بيعها ما ك بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نهاه رب المال عن البيع نستدل بعمل نهيه وكذلك لا يمنع من المسامحة في الروايات المشهورة *

قوله فان عزله ورأس المال دراهم اودنانير وقد نضت فان كان رأس المال دنانير وله دراهم او بالعكس له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لا بالعروض والقباس ان لا يجوز تصرفه بثبوت المجانسة بينهما من حيث التسمية فصار كان رأس المال قد نض وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض نض الماء خروجه من الحجر ونحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب وعنه خذ ما نض لك من دينك اي تيسر وتحصل وفي الحديث يقسمان ما نض بينهما من العين اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناس عند اهل الحجر الدراهم والدنانير كذا في المغرب **قوله** وعلى هذا موت رب المال اي اذا مات رب المال والمال عروض فله ان يبيعها كما اذا عزله رب المال **قوله** ونحوها اي نحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والتقد دنانير وعلى القلب وان لم يكن في المال ربح وهوديون على الناس والمضارب بمنع من الاقتضاء يقال له وكل الورثة في الاقتضاء * (قوله)

والمشترع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمواد منه الوكالات وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسدسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة جادة **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع او الى كذا يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يفتسما الربح والمضاربة تحالها ثم هلك المال بعضه او كله نراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال

قوله والمشترع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به لا يقال انه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التي اخذ فينبغي ان يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما اخذ فلما الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع فاذا احال به اي وكله فقد ازال يده عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستضع وما الذي يبيع بالاجر كالبيع والسدسار فانه يجعل بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة يجبر على التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله وهو كالمضارب اذا كان في المال ربح **قوله** وتوكله اي قبوله الوكالة من توكل اذا قبل الوكالة واذا دفع الرجل الى السدسار الف درهم وقال اشتر بها لي رطباً باحد عشرة درهماً فهذا فاسد لانه استأجر بعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات والحبلة في جواز هذا هو ان يستأجره يوماً الى الليل باجر معلوم لبيع له وليشتري له فهذا جاز لان العقد يتناول منافعه ههنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه الا ترى انه لو سلم نفسه اليه في جميع المدة استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع او شراء بخلاف الاول فان المعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بنفس التسليم اذا لم يتم العمل *

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا
 ذلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه
 لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفي رأس المال فان
 فصل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بيناه فلو اقسما الربح وفسخا
 المضارب بئذ لم عقد اها فهلك المال لم يتراد الربح الاول لان المضارب الاول قد انتهت والثانية
 عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه ما لا آخر *

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالتقيد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار
 فينظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف
 بين الناس ولهدا كان له ان يشتري دابة للركوب

قوله لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال
 الى رب المال **قوله** لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له لتصور رأس المال بدونه وعدم
 تصوره بدون رأس المال **قوله** لما بينا اي لانه امين والله اعلم *

* فصل فيما يفعله المضارب *

قوله ويجوز للمضارب ان يبيع بالتقيد والنسيئة وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة
 لانه يوجب قسمة ربحه عن المال والتصرف فيه فيضاد ما هو مقصود رب المال وهو كالا قراض
 الا ترى ان البائع بالنسيئة يعتبر من الثلث وكان بمنزلة التبرع ولنا انه من صنيع التجار
 وهو اقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فانه في الغالب انما يحصل بالنسيئة
 والدليل على ان البيع نسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى الا ان يكون تجارة حاضرة تديرونها
 بينكم فالآية تدل على ان التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك الا البيع بالنسيئة * (قوله)

وليس له ان يشتري سفينة للركوب ولان يستكرها اعتبار العادة التجارية وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنع التجار وبيع بالتقادم اخر الثمن جاز لا جماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يتقائل ثم يبيع نسخته ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رحمه الله فلا يملك الا قاله ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الا قاله * ولو احتال بالثمن على الايسر والاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الا نظر لان تصرفه مقيد بشرط الظور والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة

قوله وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للمبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة في شيء بعينه **قوله** في الرواية المشهورة احترازه عن روى ابن رستم عن محمد رحمه الله انه لا يملك الاذن في التجارة **قوله** اما عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله **قوله** فالمضارب اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريك في الربح او يعرضه ان يصير شريكا **قوله** الا ان المضارب لا يضمن فيه اشارة الى ان الوكيل يضمن **قوله** اما عند ابي يوسف رحمه الله فلا نه اي فلان المضارب يملك الا قاله ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك اي البيع بالنساء بعد الا قاله ولا يملك الا قاله ايضا عند ابي يوسف فلم يمكن ان يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الا قاله والبيع بالنسيئة بعد ها وتقريره ان المضارب لما كان يملك الا قاله والبيع بالنساء بواسطة الا قاله امكن جعله بائعا ابتداء بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لما لم يملك البيع بالنسيئة بواسطة الا قاله لم يكن جعله بائعا ابتداء فان قيل ينبغي ان لا يكون للمضارب البيع بالنسيئة لان ذلك يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضدا لما هو مقصود رب المال فيكون بمنزلة اقراض الا ترى ان البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث وهذا قول ابن ابي ليلى قلنا البيع بالنسيئة من صنع التجار وهو اقرب الى تحصيل المقصود وهو الربح فالربح في الغالب انه يحصل بالبيع بالنسيئة دون النقد ولانه مأذون في التجارة مطلقا وهذا من التجارة **قوله** ولو احتال بالثمن اي قبل الحوالة بان باع المضارب (و)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملة التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهاق والرهق لانه
اياء واستيفاء والاجارة والاستجار والايذاء والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع
لا يملكه مطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق
عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخط مال المضاربة بماله
او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركه غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة
ولا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التمييز فمن هذا الوجه بواقته فيدخل فيه عند
وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله
اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدرهم والدنانير بعد
ما اشترى برأس المال السالعة وما اشبه ذلك لا يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة
والاي رضي به ولا يعمل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما
نصفين بدلالة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاء مال له اقراض
والعق بمال فيغير مال المكتبة فلا تدليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض *

واجل بالثمن جاز سواء كان المحتمل عليه ايسر في استيفاء الثمن او اعسر *

قوله وتوابعها الايداع والابضاع **قوله** ومن جملة اي ومن جملة باب المضاربة **قوله** وهو
الاستدانة وهو ان يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال سالعة لان الاستدانة
تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتخصيص عليه
وعند التخصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة
اذا ليس لواحد منهما فيد رأس المال فيكون المشتري بينهما نصفين والدين عليهما نصفين
ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة
وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترط **قوله** وما اشبه ذلك اي من انواع
الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصصة (الالف)

قال ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة وعن أبي يوسف رحمه الله يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب لا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بالتجارة وضار كالكتابة والاعتاق على مال لأنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا **قال** فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر بن نوح نفد المضاربة لأن رب المال منصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيل فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء وإنما أن التخليط فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيله عنه في التصرف والأبضاع توكيل منه فلا يكون استرداد بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخليط وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تعتقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولأما مال ههنا فلو جوزناه يؤدى إلى قلب الموضوع وإذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به المضاربة الأولى *
الألف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة ومما شبهه أيضا استيجار الدواب لنقل الامتعة بعد ما اشترى رأس المال وكذا الاستدانة لقصارة الثياب ومما شبهه أيضا أن رأس المال لو كان ألف درهم فليس له أن يشتري بالملكيل والموزون والمعدود لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة أما لو كان في يده دراهم وشري بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لأنهما كالجنس الواحد في الثمنية فصا ر كما لو كان ذلك الجنس في يده وأقول وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والدين عليه لا يقال هذا يؤدى إلى خلط مال المضاربة بمال نفسه لأن الاختلاط إنما يثبت حكما لشرائه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعد خلافا وعلى تقدير قوله أعمل برأيك لا يحتاج إلى هذا العذر فإنه يملك الخلط *

قوله فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة لا يتفاوت الحكم بين أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة أو كله **قوله** والأبضاع (توكيل)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

قال وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وإن سافر فطعامه وشراؤه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بأزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجبر لأنه يستحق البدل لا مخالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في جبر التردد فلو اتفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة لفسادها لأنه اجبر وبخلاف البضاعة لأنه متبرع **قال** فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره ردة في المضاربة لانتفاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر إن كان بحيث يغدو ثم يروح فبييت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبية

توكيل منه فلا يكون استرداداً فإن قيل تفسير الابضاع أن يكون المال للبضيع والعمل من الآخرو ههنا ليس للبضيع مال فلم يصير بضاعة لعدم ركنه قلنا لأنم أن تفسيره ذاك بل تفسير الابضاع هو الاستعانة ورب المال يصلح معينا لأنه اشفق الناس إليه تصرفا فلما صح استعانة المضارب بالأجنبي أو أجنبي أن يصح استعانة برب المال فإن قيل الأجنبي يصلح معينا للمضارب لأنه عامل في مال غيره بامره ورب المال يعمل فيما هو مال له فلا يصلح معينا الأجنبي إن من استأجر خياطاً ليخيط له ثوبا واستعان الاجبر بالمستأجر في الخياطة فعمل المستأجر وهو الخياطة لا يتحول إلى الاجبر حتى لا يتضمن له بالاجرة فعلى هذا ينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا في المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا ومعنى الشركة فيها راجح حتى جازت من غير توقيت وكانت العبرة للشركة دون الاجارة وفي الشركة يجوز أن يستوجب أحد الشركين بعض الربح بعمل صاحبه وإن لم يعمل بنفسه *

قوله وهذا بخلاف الاجبر أي لا يستحق النفقة وإن سافر **قوله** فلو بقي شيء أي من الثياب والطعام أو غيره **قوله** لانتفاء الاستحقاق أي بالرجوع إلى مصره كالحاج من الغبر (إذا)

وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجبر بخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج فيه اليه مادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفصل ان جاوزة اعتبار المتعارف فيما بين التجار **قال** واما الدواء فني ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة راح انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به نصار كالنفقة وجد الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعراض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواء هأني ماله *

قال واذا ربح اخذ الرب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مربحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالبة بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها *

اذا بقي شيء من النفقة في بده بعد رجوعه وكالمولى اذا بوأ أمته مع زوجه بيتا ثم نقلها للخدمة وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج ان يسترد ذلك عنها *

قوله وهو ما ذكرنا اراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم **قوله** ومن ذلك غسل ثيابه وفي الفوائد الظهيرية وما يحتاج اليه في غسل الثياب واجرة الحمام والحلاق في مال المضاربة وكان ينبغي ان لا يجب في مال المضاربة لان هذا مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة مالا بدللان منه في عموم الاوقات فيجب ان لا يكون واجبا كاجرة الحمام والفصاد الا اننا نقول اوجبا في مال المضاربة لانه من صنيع التجار فانهم يحلقون رؤسهم ويقصون شواربهم ينقون ثيابهم ليزداد رغبات الناس في مباحاتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسبح الثياب كان في عدا دالمفائيس والصعاليك فيقل معاملوه نصار اجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة وكذلك ثمن الحرص والصابون **قوله** واجرة اجبر يخدمه اي يخبز او يطبخ او يغسل الثياب **قوله** اخذ الرب المال من الربح ما انفق اي اخذ الرب المال من الربح ما انفق المضارب من رأس المال تسمية الرأس ماله **قوله** حسب ما انفق على (١)

(كتاب المضارب... باب المضارب يضارب... فصل فيما يفعله المضارب)

قال فان كان معه الف واشترى بها ثيابا بقصورها وحملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو منطوع لانه استدانته على رب المال فلا ينتظمه هذا المقتال على ما مر * وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمّن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصاراة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يصبغ اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمّنه *

المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصبّاغ يريد بهذا ان ما اتفق على المتاع يضم الى رأس المال وبيع مرا بحتة على الكل حتى لو اشترته بالف درهم واستأجروا با تحمله الى مصره بما يدرهم والله يبيعه مرا بحتة بالف ومائة ولكن لا يقول اشترته بالف ومائة بل يقول قام علي بكذا *

قوله وان صبغها احمر التخصيص بالاحمر لان السواد نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله فاما سائر الالوان فمثل الاحمر **قوله** لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يصبغ اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب ثوب انسان بغير ان يزداد قيمته بقصارته كان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بغير عوض واما اذا كان الغاصب صبغه احمر واصغر لم يكن للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء اخذ الثوب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه **قوله** انتظامه الخلط يعني قوله اعمل برأيك ينتظم الخلط فانه يملك بهذا اللغات ثبات الشركة بالخلط لانه يحتمل ان يحصل الربح بهذا السبب فكذا ينتظم فعل الصبغ لان الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضاربة بهذا الصبغ فاذا بيع الثوب يصير شريكا في ثمنه بحصة ما زاد الصبغ فيه بخلاف القصاراة والحمل فانه ليس ببال قائم حتى يصير شريكا بالخلط فكان استدانته على رب المال وانه لا يملك الاستدانة بقوله اعمل برأيك والله اعلم *

(فصل)

فصل آخر

قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بهابزا فباعه بالثمن واشترى بالالفين عبد افلم يتقدما حتى ضاعا يغرم رب المال الف وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثا ربا عه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب ان هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما مض المالك ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبد اضار مشترى اربعة لنفسه وثلثا ربا عه للمضاربة على حسب انقسام الفين واذا ضاعت الفان وجب عليه الثمن لما بيناه وانه الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو اربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويمضي ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه دفعه مرة الف ومرة الف وخمسمائة ولا يبيعه مرا بحة الاعلى الفين لانه اشتراه بالفين

فصل آخر

قوله هذا الذي ذكره حاصل الجواب اشار الى قوله يغرم رب المال الا انه لا يغرم في الحال اذ الثمن في الحال كله على المضارب لانه هو العاقد **قوله** وبينهما منافاة اي بين كون الشيء مضمونا وبين كونه امانة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه امانة وهذا لا يجوز نظيرة ما اذا استهلك المضارب رأس المال او انفق او اعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيئا لانه صار مضمونا عليه بالتعدي ومن حكم المضارب ان يكون امينا فان اخذه من الذي استهلك كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن من ابي حنيفة رحمه الله لانه احد العوضين فصار بمنزلة الثمن وروى محمد رحمه الله ان المضارب اذا اقرضه فان رجعت اليه دراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان (و)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل آخر)

ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف برفع رأس المال
ويبقى خمسمائة ربح بينهما **قال** وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة
وباعه باه بالف فانه يبيعه مربحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغائر المقاصد فعا
للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المراجعة على الامانة والاحتراز
من شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال
بالف ومائتين باعه مربحة بالف ومائتة لانه اعتبر غدا في حق نصف الربح وهو نصيب
رب المال وقد مر في البيوع **قال** فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان
فقتل العبد رجلا خطأ فله ارباع الغداء على رب المال وربعه على المضارب لان الغداء
مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما اربعا لانه لما صار المال عبدا واحدا
ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فداي خرج
العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما يبيته او ما نصيب رب المال فلقضاء
التقاضى بانقسام الغداء عليهما لما انه ينضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالتقسمة
ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضارب لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة لان رب المال موكل
وقرار الضمان انما يكون على الموكل *

قوله ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فان المضارب يأخذ الفان ربع العبد كان له
فيكون له ربع الثمن وهو الف فيبقى ثلاثة الآلاف يرفع منه رأس المال وهو الفان وخمس
مائة ويبقى خمسمائة ربحا يقسمانه على ما شرط **قوله** فاشترى رب المال اي من اجنبي
قوله لتغائر المقاصد اذ مقصوده وصوله الى الف ومقصود المضارب وصوله الى المبيع
قوله لانه اعتبر غدا لانه لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد الغالم يكن في ملكه ومبنى
المراجعة على الامانة والتحرز من الخيانة فيكون البيع الثاني ملحقا بالعدم في حقها فكانه
لم يوجد الا البيع الاول **قوله** وقد مر في البيوع اي في باب المراجعة **قوله** ظهر الربح بدليل
انه يظهر في حق العتق اذا كان قريبا له ولو اعتهه ينفذ ايضا * (قوله)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل آخر)

بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزئيل عن ملكهما بالجناية ودفع الغداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم **قال** وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم يقدها حتى هلكت بدفع رب المال ذلك الثمن

ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه مبرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة و فيما اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر *

قوله بخلاف ما تقدم ذكر في الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال عن المضاربة وهذا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان التجارة وضمان التجارة لا ينافي المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة **قوله** يرجع مرة بعد اخرى لان الشراء لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا دين الثمن عليه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين في العمل واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض امانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه الثمن بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الامرة لان قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان والامانة كالغاصب لذاتوكل ببيع المغصوب جاز ويكون مضمونا عليه حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان واذا جاز اتصافه بالضمان ففي هذه الصورة (يرجع)

(كتاب المضاربة... باب المضارب يضارب... فصل في الاختلاف)

فصل في الاختلاف

قال فإن كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفاء وبحث الفاء وقال رب المال لابل دفعت اليك الثمن فالتقول قول المضارب وكان ابو حنيفة ر ح يقول اولاً القول قول رب المال وهو قول زفر ر ح لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الي ما ذكره في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالتقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما دعي من فضل قبلت لان البينات للانبات *

يرجع مرة لان ذلك القبض لما سبق وجوب دين الثمن لم يكن بجهة الاستيفاء فلم يقع قبض ضمان بل قبض امانة فلا يتحقق الاستيفاء فيكون له الرجوع مرة للاستيفاء وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل الثمن اليه هذا قبض استيفاء لما كان بعد وجوب الثمن ولا رجوع بعد الاستيفاء والله اعلم *

فصل في الاختلاف

قوله لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض اي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض احترز به عما وقع الاختلاف في صفته المقبوض من كونه قرضا او وديعه او بضاعة فالتقول فيه قول رب المال **قوله** ولو اختلف مع ذلك في مقدار الربح اي لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في رأس المال صورته ما ذكر في الايضاح واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت لي النصف فالتقول قول المضارب في قدر رأس المال والقول قول رب المال فيما شرط من الربح لانه يستفاد بشرطه وهو منكر للشرط وايهما اقام البينة على ما دعي من فضل قبلت بينته لان رب المال يدعي فضلا في رأس المال والمضارب يدعي فضلا في الربح والبيانات شرعت للانبات وفي الاوضح قال الامام رضي الدين رحمه الله رأيت في بعض (نسخ)

(كتاب المضاربة... باب المضارب يضارب... فصل في الاختلاف)

قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لعلان بالنصف وقد ربح الف أو قال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو يكره ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بين المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو يكره ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العدم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعاً فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بين المضارب لاحتجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول *

نسح شروح الاصل ان البينة بين المضارب ان هي المثبتة اذ الملك ثابت لرب المال في كل قد ولا يقوم عليه الحجة للمضارب لكون البعض رأس المال وكون البعض نماء رأس ماله فلا يكون الثبوت فيه بالبينة ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بين المضارب وفي عكسه بان ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة فالبينة هناك بين رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة قد اتفقا على ان الاخذ كان باذن ورب المال يدعي ضماناً وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بين رب المال لانه مدع للضمان والبينة بين المدعي كذا في الايضاح *

قوله وقال الآخري المضارب فالقول للمضارب في دعوى العدم أي مع اليمين **قوله** لان الاصل فيه العموم يدل عليه انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة **قوله** والبينة للمضارب لاحتجائه الى نفي الضمان أي لاحتجائه الى اثبات الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه وعدم حاجة الآخري رب المال الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله ان هو المتمسك بالاصل **قوله** لان آخر الشرطين ينقض الاول (هذا)

(كتاب الوديعه)

كتاب الوديعه

قال الوديعه امانه في يد المودع اذا هلك لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع

هذا من باب العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه اذن له بالعموم ولا ثم نهى عن العموم فاذن له بالخصوص او اذن له بالخصوص ولا ثم اذن له بالعموم وان لم يوقت البينتان وقتا او وقتا على السواء او وقتت احدهما وقتا دون الاخرى يقضى بينة رب المال لانه تعذر القضاء بهما معا لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان المشهود لم يشهدوا بالترتيب واذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبينتين فيعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت هكذا ذكر في الاصل وفي القدوري اذا اقام البينة فان نص شهود المضارب انه اعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب المال وصورة توقيت البينتين قال رب المال في دعوى الخصوص دفعت اليك الغامضاربة في بزي رمضان واقام على ذلك بينة وقال المضارب دفعت الي الغامضاربة في شوال في طعام واقام على ذلك بينة وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعي كانت بينة المضارب الاولى لان الثاني ناسخ الاول والله اعلم بالصواب *

كتاب الوديعه

الودع الترك، وسميت الوديعه بها لانها شيء يترك عند الامين قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعه والامانه بالعموم والخصوص فالوديعه خاصة والامانه عامه وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعه هي المستحفظ قصدا والامانه هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والفته في حجر غيره والحكم في الوديعه انه يبرأ عن الضمان اذا عايد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانه ولا يداع لغة تسلط الغير على حفظه اي شيء كان مالا او غير (مال)

(كتاب الوديعة)

غير المغل ضمان وان بالناس حاجة الى الاستداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتعمل مصالحهم **قال** والموذع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولا نه لا يجد بدا من الدفع اليه عياله لانه لا يمكن ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها بغيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والابدي تختلف في الامانة

مال يقال اودعت زيد امالا واستودعته اياه اذ دفعه اليه ليكون عنده فان اودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشرعية تسليط الغير على حفظ المال وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لالاباث اليدليتمكن من حفظه حتى لو اودع الابق او المال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا بشرط لوجوب السقف عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون الا بعد ها والسنة فالنبي عليه السلام كان يودع ويستودع واجماع الامم فالصحابه ومن بعدهم الى يومنا يومعون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وبقوله عليه السلام ان الله تعالى في عون العبد مادام العبد في عون اخيه *

قوله غير المغل المغل الخائن والاغلال الخيانة **قوله** وبمن في عياله من زوجه وولد او ولده او والديه او اخيه او العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو اودعت المرأة وديعتها الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي استاجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير يعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه وفي الفتاوى الصغرى تفسير من في عياله ان يساكن معه سواء كان في نفقته او لا والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد حتى ان الزوج اذا كان في محلة والزوجة في محلة اخرى ولا ينفق عليها (زوجها)

(كتاب الوديعه)

ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ابداع الا اذا
استأجر الحرز فيكون حافظا بحرزه نفسه **قال** الا ان يقع في دارة حريق فيسلمها الى جاره
او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقبها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه
الحالة فيرخصه المالك ولا يصدق على ذلك الابينة لانه يدعي ضرورة مسقطه للضمان بعد
تحقق السبب فصاركما اذا ادعى الاذن في الابداع **قال** فان طلبها صاحبها انحبسها وهو يقدر على
تسليمها غمها لانه متعدد بالمنع وهذا لانه لما لم يكن راضيا بالمساكنة بعده فيضمها انحبس عنه *

زوجها ودفع الوديعه اليها الاضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن في عياله فدفع اليه
لا يتضمن ولكن يشترط ان يكون الصغير قادرا على الحفظ وكذا العبد اذا لم يكن في عياله بمنزله
الابن الصغير فان حفظها بغيرهم او اودعها بغيرهم ضمن وقال ابن ابي ليلى لا يضمن لانه ملك
الحفظ من جهة المالك فكان له ان يملك غيره كالمستعير **قال** العلامة حميد الدين رح معنى
قوله فان حفظها بغيرهم اذا كان باجرو معنى قوله اودعها اذا كان بغير اجرو قبل معنى قوله فان
حفظها بغيرهم بان استحفظ المودع الوديعه في بيته بغيره بان ترك الوديعه والغير في بيته وخرج
هو بنفسه او اودعها بغيرهم بان نقل الوديعه من بيته ودفعها الى اجنبي وديعه *

قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله ولا يلزم المستعير حيث له ان يعير والمأذون له ان يأذن والمكاتب
له ان يكتب لان المستعير مالك والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحبر
كما بعد العتق فملك ان يملك غيره بخلاف المودع فانه مأمور بالحفظ والمأمور بالشيء لا يملك
ان يفوض ما امر به الى غيره ولهذا الوكيل بالطلاق والعناق لا يوكل غيره وان كان الناس
لا يتفاوتون فيه **قوله** الا ان يقع في دارة حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ذكر
شمس الاثمة الحلواني رحمه الله اذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعه الى اجنبي
فان امكنه ان يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ولا يصدق على
ذلك الابينة وفي الملتقى اذا علم انه احترق دارة قبل ثوبان لم يعلم لا يقبل الابينة * (قوله)

(كتاب الودعة)

قال وان خلطها المودع بما له حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا خلطها بجنسها شركة ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود
والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى
بالقسمة فكان استهلاكهما من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من
كل وجه لانه فعل يتعدر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخاطا لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح
لانه لاحق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالانزاع تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة
في المخلوط وخطم الحبل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انتطاع حق المالك الى
الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف
الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو من حبات
الاخر فتعذر التميز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق
المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا
للالغالب اجزاء وعند محمد رح شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده

قوله شركة ان شاء ولو هلك قبل التميز هلك من مالهما **قوله** وامكنه معنى بالقسمة اذ القسمة فيما
يكال او يوزن افرار وتعيين بالاجماع ولهذا يملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته نفسه بلا رضاء
وقضاء واذا كان استهلاكهما من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء
مال الى جانب القيام وشركته في المخلوط **قوله** وله انه استهلاك من كل وجه لانه ليس الاستهلاك
من العباد الا هذاو هو التعيب واما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له حق التضمين
بالاجماع وهو امانة الاستهلاك **قوله** ولا معتبر بالقسمة جواب عن قولهما وامكنه معنى بالقسمة
لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء
على قيام الشركة وحكمائها فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة
قوله ولو ابرأ الخاطا الى اخره بيان ثمره الخلاف **قوله** ومن هذا القبيل اي من قبيل (ما)

على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدرهم بمثلها اذ اذابة لانه يصير ما نعا بالاذابة * **قال** وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها العدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق **قال** وان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولما ان الامر باق لا طلاقه وارتفع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عان حكم العقد كما اذا استاجر المحفظ شهرا فترك المحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك *

ما يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لانه لا يصل المالك الى عين ملكه الا بخرج والمفسر كما لمعذرو لان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التميز حقيقة وتعذر التميز حكما ايضا بالتقسمة لاختلاف الجنس لان التسمية عند اختلاف الجنس غير مشروع وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير *

قوله على ما مر في الرضاع وهو قوله واذا اختلط لبن امرأتين الى قوله وقال محمد رحمه الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس **قوله** ضمن الجميع اي بعضه بالاتفاق وبعضه بالخلط وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاو خلا وهذا لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو لا ينقر بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه نعم بدل المودع كيدة لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا في الخلط وعند مالك والشافعي رحمهما الله اذا انفق بعضها صار ضامنا للكل لانه بالخيانة زالت الامانة فيجب الغرامة **قوله** ولنا ان الامر (باق)

قال فان طلبها صاحبها فجددناها ضمنها لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب ما نع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهةه والجدد فسخ من جهة المودع كجدود الوكيل الوكالة وجدود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع اولان المودع يتقرر بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله خلا فالزفر رحمه الله لان الجود عند غيره من باب الحفظ لانه فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه باق لا طلاقه وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات ما قبل الخلاف وما بعده ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بساؤه لا بطلانه او بما فيه والاستعمال ليس بموضوع لا بطل الايداع ولا ينافيه ولهذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب اودعك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فقد رده بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه وقول الشافعي رحمه الله لان عقد الودعة قد ارتفع فلما ارتفع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثر ارتفاع العقد في قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان *

قوله بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق لان العقد باق اذ الخلاف ليس يرد للامر لان الامر قول ورد القول بقول مثله اما الجود فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا للمعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه اوامر الشرع فالجدود فيها رد حتى لو انكر امر الله يكفر والخلاف لا يكون رد احتيا لترك صوم او صلوة لا يكثر **قوله** ولو جدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله بان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس فلان عندي وديعة **قوله** خلا فالزفر رحمه الله انما قيد (باخلاهما)

(كتاب الودیعة)

او طلبه بقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته **قال** وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة ر ح وقال ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ر ح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة ر ح اطلاق الامر والمفاضة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي وانهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به والشافعي ر ح يقيد به بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امثال امره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصارح يحفظهم ومن يكون في المفاضة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وانها المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذا الحفظ في المصارح بل كان صحيحا *

باختلافهما فحسب مع ان عدم وجوب الضمان مذهب العلماء الثلاثة رحمتهم الله لان هذا الفصل ذكر في اختلاف زفر ويعقوب لافي غيره *

قوله او طلبه يعني اذا طلب المودع الوديعة فكانه عزله عن الحفظ ولم يوجد الطلب هنا لا ينفرد هو بالعزل **قوله** وان كان لها حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهور واجرة حمل وبيان في لفظ الاصل ماله مؤنة في الحمل كذا في المغرب هذا اذا كان الطريق آمنا بان لا يقصده احد غالبا ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينه المودع عنها **قوله** وصار كالاستحفاظ باجر بان استاجر رجلا ليحفظ مائة شهر ابدى درهم فصار بالمال بضمن **قوله** والمعتاد كونهم في المصارح لاحظهم جواب عن قول الشافعي ر ح **قوله** لانه عقد معاوضة لانه بالاجارة اشترى منافعها فالحفظ انما يتبع بسايق المالك فيلزمه المقام مع المالك ليتمكن التسليم كما وجب عليه لان الداخل تحت العقد المنافع في المصارح اذ اخرج صار مخالفا لان هذه المنافع غير داخلية بضمن وهذا انما يحفظ على سبيل المعونة فلا يحجر به هذا ان الميعين صاحب الوديعة المصارح (الحفظ)

قال إذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة ر ح وقال لا يدفع إليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الغافغاب اثنا فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقال له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطلبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ولأبي حنيفة رحمه الله أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطلبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك للحفظ فيه بل أطلق الحفظ إطلاقاً فان عين المالك عليه الحفظ في المصر فساير فان كان سفرًا له منه بد ضمن وان كان سفرًا لا بد له منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بان أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن *

قوله وهو المراد بالمذكور في المختصر وهو قوله وإذا اودع رجلان عند رجل وديعة وانما ذكر هذا احترازاً عن قول بعض المشائخ حيث قالوا الاختلاف في ما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سواء وفي المسئلة حكاية فان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي همياناً فخرج احد هما قبل صاحبه واخذ الهميان وذهب به ثم خرج الآخر وطالبه بالهميان ولعلهما تواطيا على ذلك فتحبى الحمامي فقبل له فصل هذا الامر عند أبي حنيفة رحمه الله فذهب إليه وقص عليه القصة فقال له ابو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته الي صاحبك ولكن قل لا ادفعه اليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي كذا في الفوائد الطهيري **قوله** ولهذا كان له ان يأخذ اي المودع الحاضر اذا ظهر به وهذا لان يد المودع كيد المودع ولو كان في يد المودع له ان يأخذ فكذا اذا كان في يد نائبه **قوله** ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع فانما الاخذ نصيبه ثم هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب لئان يشاركه في المقبوض فان القسمة ليست بنافذة *

(قوله)

(كتاب الودیعة)

لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان يأخذة فلنا ليس من ضرورته
 ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيرة
 فلغريمه ان يأخذة اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه **قال** وان اودع رجل عند رجلين
 شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يتسما به فيحفظ كل واحد منهما
 نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة راجح وكذلك
 الجواب عنده في المرتهين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقال لا احدهما ان يحفظ
 باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بما انتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر
 ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل مني
 اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزئي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من
 غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن الثايب لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا
 بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعها ولا يملكها الا جتماع عليه اثناء الليل والنهار وامكنهما
 المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قل صاحب الوديعة
 للدودع ان تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير ان انها ان يدفعها
 الى احد من عياله فدفعها الى من لا بدله منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه
 المودع عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته

قوله لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون **قوله** وعليه الف لغيرة الى آخره صورته اذا كان
 لرجل الف درهم وديعة عند انسان والآخر على الرجل المودع الف درهم فلصاحب الدين
 وهو الغريم ان يأخذ تلك الوديعة من يد المودع ان ظفر بها وان لم يكن للمودع ان يدفع الف
 الى غريمه **قوله** وكذا الجواب في المرتهين والوكيلين بالشراء اي اذا رهن شيئا مما لا يقسم
 عند رجلين فلكل واحد من المرتهين ان يحفظ الرهن باذن الآخر وكذا اذا وكل وكيلين
 بالشراء ودفع الثمن اليهما يكون لكل واحد من الوكيلين ان يحفظ الثمن باذن الآخر

قوله لان الفعل اي فعل الاستحفاظ *

(قوله)

وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فبلغوا وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبروا ان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط *

قوله وهو محمل الاول اي رواية الجامع الصغير يقوله فدفعها الي من لا يدل له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقا فانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الودعة شيئا خفيفا يمكن للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الي عياله ضمن وذكر في المغني واذا دفع الرجل الي غيره ودعة وقال له لا تدفعها الي امرأتك فاني اتهمها او قال الي ابنك او قال الي عبدك وما اشبه ذلك فدفع اليه فان كان لا يجد المودع بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال سواء لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد منه بدا فهو ضامن المودع اذا وضع الودعة في حانوته فقال له صاحبها لا تضع في الحانوت فانه مخوف فتركها فيه حتى سرق لبلان لم يكن له موضع آخر احرز من الحانوت لا يضمن وان كان له موضع آخر احرز من الحانوت فهو ضامن اذا كان قادرا على الحمل **قوله** فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لان البيتين قد يتفاوتان في الحرز بان يكون ظهرا أحدهما الى السكة فيتمكن السارق من الاخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن **قوله** لا يتفاوتان في الحرز كما اذا قال له احفظها في هذا الجانب من البيت فحفظها في الجانب الآخر او قال احفظها في هذا الصندوق فحفظها في صندوق آخر *

(قوله)

قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة راجح وقال له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر يرجع على الاول لهما انه قبض المال من بدضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرغض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخبر بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما احتقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه بحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا افارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريم اذا القت في حجرة ثوب غيره *

قال ومن كان في يده الف فادعاهما رجلا ن كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابي ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف الكل واحد على الانفراد لتغاير الحقيين ديايها ببدأ القاضي جازل تعدد الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطشياً لقلبهما نفياً لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحاجة

قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريم اذا القت في حجرة ثوب غيره فان قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني فلما رب المال لو قال اذنت لك ان تدفعه الي فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثاني وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثاني مودعا منفردا في حق نفسه لانه لما لم يصرف نفس الايداع خيانة بل صار اذلا في ولايته حال حضرته حصلت الوديعة في يد الثاني امانه فلا يضمن بالامساك **قوله** صحيحة اي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الاف الواحد مودعا من اثنين بكماله *

(قوله)

وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء ولنكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائيهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البرزدي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه نفذ قضاءه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا لانه لم لا يحلف لثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال وينبغي ان يحلفه عند محبده رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا له وهذه فریعة تلك المسئلة وقد وقع فيه الاطباء والله اعلم *

قوله وان نكل اعني للثاني اي بعد ما حلف للاول **قوله** ولا يقضى بالنكول لان من حجة الآخر ان يقول لو بدأت لي بالاستحلاف لكان ينكل ايضا **قوله** اما النكول انما يصير حجة عند القضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء **قوله** فيكشف وجه القضاء بانه يقضى بالالف لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولنكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذا يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه القضاء **قوله** لانه اي لان المودع المنكر ببذله اي عند ابي حنيفة رحمه الله او باقراره اي عندهما **قوله** وذلك حجة في حقه اي في حق المودع المنكر **قوله** بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع (با)

كتاب العارية

قال عارية جائزة لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المانع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبغي عن التمليك بالنضاء الى غيره يضمه عند محمد رحمه الله اذا اقر بالوديعة لزيد ثم قال لابل اودعني فلان آخر قضي الاول لان الثاني رجوع فان دفعه الى الاول بغير نضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك عند محمد رح لانه مقر بان وم الحفظ للثاني ثم عرضه للثالث باقراره وعند ابي يوسف رح لا يضمن لان القبض كان باذن والدفع باكره القاضي ووجه البناء على هذه المسئلة ان الارار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الاول باقراره الاول لما كان مفيدا لوجوب الضمان للمقر له الثاني عند محمد رح ينبغي ان يحلف للثاني وان استحقه الاول في مسئلة الكتاب عند محمد لان فائدة الحلف النكول وهو الارار والارار للثاني مفيد للضمان له وعند ابي يوسف رح لا يحلف لان لا يضمن بالارار عنده فكذلك بالنكول فلا فائدة للتخفيف والله اعلم *

كتاب العارية

في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفي المغرب العارية فعليه منسوبته الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب او العري خطاء وفي المبسوط وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بهما الا باستهلاك العين ولا يعر النوبة اليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة انما يعود النوبة اليه في مثلها *

قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك كما في الاجارة وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل (١)

فان العارية من العربة وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للملك كالايمان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الايمان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ونقطة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تملك والجهالة لا تنفي الى المنازعة لعدم النزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما ذكره ان شاء الله تعالى **قال** وتصح بقوله عرنك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما التملك العين وعند عدم ارادته الهبة يحتمل على تملك المنافع بجوزا *

الاعارة بالنهي ولو كانت تملك لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تملكه من غيره بعوض وبغير عوض كما لموهوب له * **قوله** فان العارية من العربة وهي العطية هذا يخالف ما ذكر في المغرب الا ان يريد به المشاركة في اكثر الحروف ولهذا تنعقد بلفظ التملك بان من قال لغيره ملكتك منافع هذا العين شهرا كانت اعارة **قوله** ونقطة الاباحة استعيرت للتمليك الى آخره جواب عن قول الكرخي **قوله** والجامع دفع الحاجة فان قلت الحاجة تدفع بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير ايضا **قوله** وعند ذلك اي عند الانتفاع بالعارية **قوله** والنهي منع عن التحصيل اي رجوع عن تملك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح **قوله** لدفع زيادة الضرر اي لا يملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة ما وضعت في الشرع للازمة وفي ذلك سد باب الاستراد في ضرر به المعير **قوله** واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيها بطريق المجاز لان عين الارض لا تطعم فيراد به ما يخرج فيها اطلاقا لا اسم المحل على الحال **قوله** لان هذا التملك العين لان معنى قوله منحك اعطيتك والمنحة والمنفعة الشاة او الناقة الممنوحة من المنح هوان يعطى الرجل الرجل ناقة شاة ليشرب لبنها ثم يرد ها اذا ذهب درها ثم كثر (١)

قال واخذ منك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكني لان معناه سكناها لك وداري لك عمرتي سكني لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكني تفسير لقوله لك لانه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره **قال** وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلوة والسلام المنحة مردودة والعارية مودة ولان المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حد وثها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه

استعماله حتى قيل في كل ما اعطي منح يقال حمل الامر فلا ويراد به التملك وفي الكافي للعلامة النسفي رح وقوله في البداية ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذ الم يرد به الهبة لانها تملك العين وعند عدم ارادته الهبة بحمل على تملك المنافع تجوزا مشكل من وجوه احدها انه قال اذ الم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول اذ الم يرد بهما بدليل التعليل ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور لقوله تعالى عوان بين ذاك وانيها انه جعل هذين اللفظين حقيقة لتملك العين ومجاز التملك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذ انوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاكواب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثالثها انها لما كانا لتملك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلانية فعند عدم ارادة الهبة لا يحتمل على تملك المنفعة بل على الهبة وفي المنصف شرح النافع فلما جاز ان يكونا لتملك العين حقيقة وتملك المنفعة مجازا والى هذا قال صاحب الهداية في كتاب العارية فيكون التقدير اذ الم يرد به الهبة واراد به العارية ويحتمل ان يكونا لتملك المنفعة حقيقة وتملك العين مجازا واليه اشار فخر الاسلام رح في مبسوطه وصاحب الهداية في كتاب الهبة ويكون قوله اذ الم يرد به الهبة للتأكيد ويحتمل ان يكون المعنيان حقيقيا لهما وانما يرجح احد هما لانه ادنى الامر من فيحمل عليه للتيقن به *

قوله المنحة مردودة المنحة نوع من العارية وهي ان يعطى الرجل شاة او ناقة او بقرة ليشرب لبنها ثم يرد الشاة او غيرها الى المالك وقوله مردودة اي مستحقة الرد والمستحق (بجهة)

قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللغز لا ينشئ من التزام الضمان لانه لتملك المباح بغير عوض اولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ما ذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

بجهة كالمصرف اليه فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة وقال المنحة مردودة *

قوله والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن سواء هلكت من استعماله ولا من استعماله وهو قول عمرو وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لافي حال الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وابي هريرة لقوله عليه السلام العارية مضمونة واستعار رسول الله عليه السلام دروعا من صفوان فقال لدا غصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة فوداة وكتب في عهد بني تخران وما يعار الرسل فهلكت في ايديهم فضا منها علي رسلتي وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتي ترد والا خذنا ما يطلق في موضع يا خذ المرء لمنفعة نفسه وذاك موجود في العارية بل ان المستعير يأخذه لينتفع به لا ليكون نائبا عن المعتبر فيه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه انه قبض العين للانتفاع بها لباذن صحيح فلا يكون مضمونة عليه كالمستأجر وتأثيره ان وجوب الضمان يكون للجبر ان وذلك لا يتحقق الا بعد تقويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح بنعدم التقويت الا ترى ان القبض في دونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض اولى اما الجواب عما تمسك به الخصم فقوله عليه السلام العارية مضمونة اي ضمان الرد بانه جعل الضمان صفة للعين على وجه الجبر وحقبة ذلك في ضمان الرد وقوله موداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثاني ان المراد بالعلم الاول (علم)

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لتقص القبض والمقبوض على سوم

الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه *

قال واما للمستعير ان يواجه ما استعاره فان آجرة فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا ينضم ما هو فوقه ولا نالو صححناه لا يصح الا لازم لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازمة زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الي انتضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجرة ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناول العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجره ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المواجه ان لم يعلم انه كان عارية في يده فغاصر الغرور

علم النفع وحديث صفوان فقد قيل انه اخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله اغصبا يا محمد الا انه كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له حلالا لكن بشرط الضمان كمن اصابته مخدعة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان وقيل المراد بضمان العين وقيل كان هذا من رسول الله عليه السلام اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن بالشرط على ما ذكره في المستتي ولكن صفوان يؤمنه كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلام وما يعار رسلي فهلكت على ايديهم اي استهلكوها لا نديقال هلك في يده اذا كان بغير صنعته وعلى يده اذا استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى يدور يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين *

قوله وانما وجب الرد مؤنة جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان قبضه يوجب ضمان الرد حال قيام العين لتقص القبض فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب فاجاب ان ضمان الرد عليه انما كان لان منفعة القبض والنقل حصلت له كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لتقص القبض والضمان في المقبوض على سبيل الشراء لا يلزم بالتقص نفسه ولكن بالتقص بجهة الشراء ان القبض بحقيقته الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته **قوله** ولا نالو صححناه (لا)

بخلاف ما اذا علم **قال** وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له الايماك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالا باحة ههنا ونحن نقول هو تملك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمه والمنافع اعيرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره **قال** رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع للمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سده عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه

يرفع الا لازما فان قيل كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة لانه مالك المنفعة ولا ينتفع حق المير في الاسترداد بل يصير تمام حق المير في الاسترداد عند ان ينقض الاجارة قلنا لو ملك المستعير الاجارة كان من مقتضيات عقد المير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يمكن من نقضه بعد ذلك *

قوله بخلاف ما اذا علم يعني اذا علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور

قوله وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة **قوله** وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل هذا جواب لسؤال مقدر

وهو ان يقال ان العارية لو كانت تملك المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعيرين

ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك **قوله** دفعا لمزيد الضرر عن

المير يعني يحتمل ان يكون فعل الثاني اضر وهو لم يرض بذلك **قوله** وهذا اذا صدرت

الاعارة مطلقة اي ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع

وهو على اربعة وهذه القسمة على هذه الوجة الاربعة ضرورية لان الشئين وهما الاطلاق

والتقييد ارا في الشئين وهما الوقت والانتفاع فكانت اربعة لا محالة لانه اما ان يكون (١)

والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون متيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعبر غيره المحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الراكب * **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدون فرض لان الاعارة تملك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فتقتضي تملك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض العارية مطلقة في الوقت والانتفاع او متيدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة او مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع او على العكس *

قوله والحنطة مثل الحنطة اي في حق الحمل على الدابة بان استعار دابة ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه لان حنطته وحنطة غيره في الضرر سواء والخلاف الى الخبير نحو ما اذا شرط حمل الحنطة فحمل عليه الشعير لان كيل الشعير اخف وزنا من كيل الحنطة لانها اصلب من الشعير **قوله** وله ان يركب ويركب غيره معناه ان شاء ركب بنفسه وان شاء اركب غيره لانه يجمع بينهما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره **قوله** لانه لما اطلق يعني لما لم تعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوضا اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وايهما عينه يتعين كما اذا عينه المالك **قوله** حتى لو فعله ضمن لانه تعين الراكب وهذا اختيار فخر الاسلام رحمه الله واما على قول غيره فله ان يركبه بعد الراكب وذكر في الذخيرة في هذا الموضع ولكن انما يعبر لغيره اذا لم يركب بنفسه او لم يلبس بنفسه اما اذا ركب او لبس بنفسه فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم ليس لادن يعبر ولو اعار يضمن وهذا اختيار الشيخ الامام فخر الاسلام علي البزدوي وقال بعضهم له ان يعبر واذا اعار لا يضمن وهو اختيار رمس الائمة وشيخ الاسلام رحمه الله وكذلك في الابتداء لو اركب غيره او لبس غيره ثم اراد ان يركب او يلبس بنفسه فقيه اختلاف المشائخ على نحو ما ذكرنا (و)

والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعبر بها ميزانا او بزين بهاد كانه لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها وسيفا محلى بتقلدها

قال واذا استعار ارضا ليني فيها اوليغرس جاز ولله عبران يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا لارض المعبر فيكلف تغريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد

والمستعير هل يملك الايداع قال بعض مشائخ العراق وهو اختيار الفقيه ابي الليث الامام ابي بكر محمد بن فضيل رحمهما الله انه يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع بها وقال بعضهم لا يملك وهو الصحيح لان الاعارة تملك المنفعة والمنفعة مملوكة له فكانت الاعارة تصرفا في ملك نفسه قصد او انما يتحقق التصرف في ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمما وضرورة ليمكن المستعير الثاني من استيفاء المنفعة المملوكة اما لايداع فتصرف في ملك الغير وهو العين قصد اذ لا يملكه كذا في الاوضح *

قوله والقرض ادناهما لكونه متيقنا به اولان القرض ادناهما ضررا لانه اقل ضررا على الماطي لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو اقل ضررا فهو الثابت بقينا **قوله** بان استعارت درهم ليعبر بها ميزانا الصواب ليعاثر قال في المغرب وقوله استعار درهم ليعبر بها صنجاته اي ليسوي ثم قال الصواب ليعاثر يقال عايرت المكائيل والموازين اذا قايستها وذلك بان يكون الدرهم موزونة بصنجة عدل ولا يوجد تلك الصنجة فاستعار هذه الدرهم ليسوي الميزان بها **قوله** او بزين بهاد كانه لم يكن قرضا بان استعار درهم كثيرة بوضع على الدكان حتى يظن الناس غناه فيعا ملوامة **قوله** ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالته لان البناء والغرس للدوام فكانت (١)

وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفع الضرر عن نفسه كذا ذكره التدويري رحمه في المختصر وذكر المحاكم الشهيد رحمه انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبناؤه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه فالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل *

ولو استعارها للبزر عهلا لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت اوله بوقت الا ان له نهاية معلومة

الا عارة له توقيفا فلما قد بيني لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف واشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان لبيع كما هو العادة وهذا عندنا وعند ابن ابي ليلى البناء للمعبر ويضمن قيمته لان دفع الضرر من الجاني واجب واما يندفع بهذا الثوب اذا يصبغ بصبغ غيره واراد صاحب الثوب ان يأخذه فانه يضمن المصباغ قيمة صبغه كذا اذا قلنا صاحب الارض ماضى بد فلا يجوز المصير اليه بدون الضرورة ولا ضرورة هنا لا مكان تميز حق كل واحد منهما عن الآخر بخلاف الثوب فانه لا يمكن ومع هذا لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه وله ان يأتي التزام القيمة ايضا حتى يباع الثوب فكذا هنا لا يلزمه بدون رضاه *

قوله وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له يعني ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا وان قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين فيرجع ثمانية دنانير فان قيل الغرور بما شرة عقد الضمان سبب للرجوع الا ترى انه لو استحق المودوب بعد هلاكه ضمن الموهوب له ولا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لافي غيره والمعبر لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية شرعا ثم لما وقت المعبر مع ذلك لا بد من ان يكون لذكر الوقت فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبله فصارت تقدير كلامه كانه قال ابن في هذه الارض (لنفسك)

وفي الترك مراعاة الحقيق بخلاف العرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك
قال اجرة العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد
 فيكون عليه واجرة رد العين المستأجرة على المواجه لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية
 دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجه معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة
 على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه
قال واذا استعارة فردها الى اصطلبل مالها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي التماس
 يضمن لانه ما ردها الى مالها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان
 رد العواري الى دار الملاك معناد كالة البيت ولوردها الى المالك فالمالك يردّها الى المربط
 وان استعار عبد افردة الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولورد المغصوب
 او الوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله
 وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بدها الى الدار ولا الى
 يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى
 لو كانت العارية عند جوهر لم يردّها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه *

لفسك على ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانضمت لك ماتنق في بناءك
 ويكون بناءك لي فاذا ابدل في الاخراج ضمن قيمة بناءك وغرسه ويكون كانه بنى له بامره *

قوله وفي الترك مراعاة الحقيق لانه انما يترك بالاجر هكذا لو كملت نفوت منفعة ارضه مجانا
 ولا نفوت زراع لارض لبعثدل النظر من الجانبين كما في الاجارة والزرع لم يدرك بعد فان ثمة يترك
 الارض باجره مراعاة للجانبين كذا ههنا **قوله** لانه ليس له نهاية معلومة فيكون ضررا في الجانبين
 فيرجح صاحب الاصل **قوله** لان منفعة قبضه سالمة للمواجه معنى فلا يكون عليه مؤنة رده لانه
 يتوصل به الى ملك الاجرا كثر صافيه لان لكل واحد منهما فيد منفعة لكن منفعة الاجر اقوي لانه مالك
 للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين **قوله** ولوردها الى المالك فالمالك يردّها
 الى المربط فيكون مستقما مؤنة الرد عن المالك لا متعديا ولا يضمن المرء بالاجسان (قوله)

قال ومن استعار دابة فردها مع عبدة او اجيرة لم يضمن والمراد بالاجيران يكون مسانئة
 اية شاهدة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة
 لانه ليس في عياله وكذا اذا رد هاهنا مع عبد رب الدابة او اجيرة لان المالك يرضى به الا ترى
 انه لو رده اليه فهو برده الى عبدة وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه
 وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان رد هاهنا مع اجنبي ضمن
 ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشائخ ر ح
 وقال بعضهم بملكه لانه دون الاعارة ولو اهدته المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة *

قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عنداني حنيفة ر ح وقال
 يكتب انك اعبرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع لولي كما في اعارة
 الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها مختص بالزراعة والاعارة تنظمها وغيرها
 كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها لولي بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب *

قوله ودلت المسئلة على آخره لانه لما وضعها في يد اجنبي للرد يكون وديعة فعلم انه
 لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن **قوله** ولو اهدته المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة
 يعني ان المشائخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع ولو اهدته المسئلة وهي قوله وان رد هاهنا
 اجنبي ضمن المستعير وانما ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعير بسبب انقضاء مدة الاستعارة
 حيث دفع الى آخر بعد فراغه من استعماله ونحن انما قلنا بجواز الايداع للمستعير اذا كان
 قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية في يده وديعة وليس للمودع
 ان يودع غيره فاذا اودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق والله اعلم * (كتاب)



كتاب الهبة

هبة عند مشروعه لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصحح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه له لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله ثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفى الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح

كتاب الهبة

هي التبرع لما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له ما لا وهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه ما لا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب وتهبه منه قبله ستوهبه سألته وتمليك العين بلا عوض شريعة وأهلها اهل التبرع وهو المحرم المكلف وركبها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما بحث لو حلف ان لا يهب بوهب ولم يقبل لانه لما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا التبول لانه نفع الغير وشرطها ان يكون الموهوب مقسوما محوزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها لقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها ورواها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله اوردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية فان رد عين الكلام لا يتصور وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان **قوله** لان الجواز بدونه ثابت اي بالاجماع **قوله** وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم لانه لو ثبت الملك بمجرده العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به بخالف موضوع (ا)

بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية الزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يحز لان ياذن له الواهب في القبض والتياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه

النبرعات بخلاف المعاضات ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد ان فائدة الملك المتكسب من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه ولا يقال ان الواهب فقد اتم التسليم فيلزم التسليم بالتزامه كما اذا شرع في النقل لانا نقول حق المالك في العين ملك مال وملك يد فان ملك اليد مقصود تضمن بالغصب كما يضمن الاصل الا ترى ان المدبر تضمن بالغصب وما ازال بالغصب الايده وكذلك يعتاض على ازالة اليد بعد الكتابة وليس فيها الازالة اليد ولما كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه لم يلزم من التزام احدهما الزام الآخر بخلاف الشرع في النقل فان المؤدى صار واجب الصيانة وذلك بالاتساق فوجب *

قوله بخلاف الوصية وجه الايراد ان هذا عقد هبة فيوجب الملك قبل القبض فبا على الهبة بعد الموت وهي الوصية بل الاولى اذ الوصية هبة معلنة بالموت وهذه مرسلته وهي اقوى والجواب عنه ان الوصية تمليك بعد الموت وقد زال عن ملكه بعد الموت فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئا لم يتبرع به ولا ضمانا **قوله** وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها جواب سوال مقدر وهو ان يقال ان عدم اهلية الزوم للموصي بالموت فوارثه يخلفه في ملكه فكان ينبغي ان يتوقف ملك الموصي له الى وقت تسليم الوارث الموصى به اليه لان الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك في الوصية ينبغي ان يكون كذلك فاجاب بان الوارث اجنبي عما صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الاجنبي فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصي له في الموصى به قبل القبض فلم يكن الزام التسليم عليه الزام على المتبرع (قوله)

ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطاً له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقه بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهى عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح *

قال وتعتقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله وهبك الله بمعنى وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك

قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك اي مقصود الواهب من الايجاب اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطاً على القبض تحقيقاً لمقصوده فان قيل الايجاب لو كان تسليطاً على القبض - مجلس لما صح الامر بالقبض بعده قلنا انما لا يصح القبول بعد المجلس لان ايجاب البائع شرط العقد وانه لا يتوقف على ما وراء المجلس فاما في الهبة فركنها الايجاب لانه تبرع وهو يتم بالم تبرع حتى يحث في يمينه لا يهب اما في حق الموهوب له لا يتم الا بالقبول فاذا وجد الايجاب والقبول جاز ان يتوقف على ما وراء المجلس لوجود شرطه وهو القبض **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض

الا ترى ان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحاً وان كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض واقتضاء كما في البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت بالقبض ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة يرفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحاً مع القبض في المجلس فلا يعتبر ثابتاً فيما وراءه بخلاف ما لو ثبت نصاً لانه ثابت من كل وجه فيبقى في المجلس وبعده وقوله قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل (هذا)

واعمرتك هذا الشيء وحملتك علي هذه الدابة اذ انوي بالحملان الهبة اما الاول فلان
الاطعام اذا اضيف الي ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه
الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان
حرف اللام للتدليك واما الثالث فليقل له عليه السلام فسن اعمر عمرى فهي للمعمر له
ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل
هو الراكب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتدل الهبة يقال حمل الامير فلانا علي فرس
ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته * ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه
يراد به التملك قال الله تعالى او كسوتهم وقل كسى الامير فلانا ثوبا اني ملكه منه ولو قال منحتك
هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة تنهي عارية
هذا خاطب به النبي صلعم بشيرا والد النعمان وهو صا روى النعمان بن بشير رضي الله عنه
قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان يشهد علي ذاك رسول الله
عليه السلام فنحلتني ابي علي عاتقه الي رسول الله عليه السلام فاخبره بذلك فقال لك
ولد سواه فقال نعم فقال اكل اولادك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور *

قوله واعمرتك هذا الشيء اي جعلت لك هذا الشيء مدة عمرك فاذا مت انت فهو
لي يقال اعمره الدار قال لدهي لك عمرك ومنه امسكوا عليكم اموالكم لا يعبروها من اعمر
شيئا فهو له ومنه العمرى **قوله** فهي للمعمر له ولورثته اي لورثة المعمر له من بعد المعمر له
يعني يثبت بها الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع **قوله** لان الحمل هو الراكب حقيقة
فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الراكب وقد سبق في العارية ان قوله حملتك لتمليك
العين لانا نقول حقيقته الراكب نظرا الى الوضع وهو تمليك العين في العرف والاستعمال ولكن
الحقيقة ما صارت متهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك **قوله** لما روينا من قبل
اراد به ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة **قوله** ولو قال داري لك هبة
بنصب هبة وكذلك او سكنى هبة بنصبهما *

(قوله)

لان العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة يحتملها ويحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او تحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قائل ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي ولا تجوز في الوجهين لانه عند تملك فيصح في المشاع وغيره

قوله لان العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة يحتملها لانه يحتمل هبة المنفعة كان من حقه ان يقول لان السكنى محكم في تملك المنفعة فلعله توهم ان المذكور قبله هبة عارية او عارية هبة فعلى ذلك لان قوله سكنى عارية فذكر العارية في التعليل مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله لان العارية محكم في تملك المنفعة وذلك لان ذلك يحتمل تملك المنفعة فكان اول كلامه محتملا لملك السكنى وقوله سكنى محكم في تملك المنفعة لانه لا يحتمل تملك الرقبة او امته خرج تفسير الاول الكلام فيتغير به حكم اول الكلام فصار المحكم قابضا على المحتمل فكانه قال لك سكنى ناري فيكون عارية **قوله** لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير لان قوله تسكنها فعل وان لا يصلح تفسير المذكور سابقا ولكنه مشورة اشار به عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار يسكنها وهذا معلوم وان لم يذكر فلا يتغير به حكم التملك بمثل قوله هذا الطعام لك تأكله او هذا الثوب لك تلبسه **قوله** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة يعني بالمحوز ان يكون مفرغا عن املاك الواهب وحقوقه وقد احتراز به عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل او وهب الزرع في الارض دون الارض لان الموهوب ليس بمحوز اى ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع فانه اذا جاز وبض التمر الموهوب على النخيل وكان الثمر مشتركا بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة يعني به مالا يحتمل القسمة اى لا يبقى متفعا (بعد)

كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محل له وكونه تبرعا لا يطله الشبوع كالتقراض والوصية ولنا ان القبض منصوح عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبل الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويز الزامه شيء لم يلتزمه وهو التسمية

بعد التسمية اصل تعدد واحد ودابة واحدة ولا يبقى متبعا بعد التسمية من جنس الانتفاع الذي كان قبل التسمية كالبيت الصغير والحمام الصغير والشوب الصغير ويعني بما يقسم ان يتبع منتعا في التحاليل قبل التسمية وبعد ها في الذخيرة وذكر الامام الزاهد احمد الطواي يسي رح اذا وهب الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدالية يجوز وهو الصحيح وجعل هذا بدله هبة مشاع لا يحتمل التسمية وذكر اصلا قتال كل شيء بضمرة التبعيض فيوجب نقصا في ما يمتنه فانه لا يحتمل التسمية وان لم يوجب التبعيض نقصا في ما يمتنه فهو ما يحتمل التسمية خرج على هذا هبة بعض العدالي لان التبعيض بضمرة وكذلك الدينار الصحيح اذا كان بضمرة التبعيض يجوز هبة بعضه *

قوله كالبيع بأنواعه اراد بانواع البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان المشاع لا يمنع تهايم القبض في هذه العقود بالاجماع **قوله** كالتقراض والوصية فصوره قرض المشاع ان لا يدفع الف درهم مثلا الى آخره على ان يكون نصفه قرصا عليه ونصفه بضاعة او يعمل في النصف الاخر بشركته فانه يجوز مع ان القبض شرط لوقوع الملك في القرض ولا يشترط التسمية فيه **قوله** ولنا ان القبض منصوح عليه في الهبة وهو قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة فيشترط كماله كما يستتبع التبدل في الصلوة لما كان منصوبا عليه يشترط كماله حتى لو استقبل الحطيم لم يجز لان لا يمت من وجه دون وجه والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غيره الموهوب اليه والحاصل تبع العسر ويكون النقص من الحاصل مقصودا بنفسه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا ودون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض من الشبوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز الثايب والمشاع في حيزه من وجه دون وجه لان في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتسام الحيازة بالقسمة لان (القسمة)

ولهذا امتنع جواز قبض قبض كـيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عمدا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه ولو وهب من شريك لا يجوز

القسمة بجميع الاجزاء المتفرقة وما لم يجتمع لا يصير محوزة على الحقيقة في يده الابغية وذلك غير موهوب فيمتنع تمام الحيازة لها ولانه لا يلزمه غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازة في حق ملك الغير وحقه لا يصير محوز الابغية بصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة الملك * **قوله** ولهذا امتنع جواز قبض قبض اي امتنع ثبوت حكمه وهو الملك **قوله** والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة هذا جواب لشبهة ترد على قوله ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة وهي انه يستوجب به المهاياة وان لم يلزمه مؤنة قسمة العين فيما لا يقسم فاجاب بان المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لا تقي العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما يتبرع به ولا يرد على هذا ما لو ائلف الواهب الموهوب بعد التسليم يضمن قيمة للموهوب لانه لان ذلك الضمان يلزمه بالانلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة ههنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة ولا يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا يرى ان شري القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشري وبه فارق البيع فانه عقد الضمان فيجوز ان يتعلق به ضمان المقاسمة **قوله** فالقبض فيها غير منصوص عليه اي في هذه البيوع حتى يراعي وجوده على اكمل الجهات وقوله عليه السلام يدا بيد بيان التعين الا ان التعين في الثمن يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لاشراط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولا كذلك في الهبة فان التنصيص على القبض فيها يقع صحيحا فانترقا **قوله** والقرض تبرع (من)

(كتاب الهيبة)

لان الحكم يدار على نفس الشيوخ **قال** ومن وهب شقصا مشاعا فالهيبة فاسدة لما ذكرنا
 فان قسمه وسلمه جائز لان تمامه بالقبض وعنده لاشيوع **قال** ولو وهب دمية في حنطة
 او دنانير في سمسم فالهيبة فاسدة فان طحن وسلمه لم يجز وكذا المسمن في اللبن لان الموهوب
 معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا
 فلا ينقذ الا بالتجدد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للملك وهبة اللبن في الضرع
 والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع

من وجه عقد ضمان من وجه حتى كان المستقرض مضمونا بالمثل فلا يتعداه ضمان المتقاسمة
 بشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراضي وجودة على اكمل الجهات ثم يشهد بالتبرع شرعا
 فيه القبض ويشهد بعقد الضمان لم يشترط فيه التسمية وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان *

قوله لان الحكم يدار على نفس الشيوخ وهذا لان القبض في الهيبة لا يتم في الجزء الشائع
 فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لا فاه الهيبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط
 لاتمام العقد فلتا يعتبر ابتداء فلهما ولذا العقد دون غيره ولا يلزم الاجارة فانه يجوز مع الشريك
 في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشيوخ انما يمنع صحة الاجارة لعدم القدرة
 على تسليم ما اجر به ولا شيوع مع الشريك لان الكل يحدث على ملكه فاما الشيوع فيمنع
 صحة الهيبة لمعنيين ايجاب ضمان التسمية على المتبرع وكون القبض ناقصا بسبب الشيوع
 والكمال شرط في قبضه لانه منصوص عليه فهنا ان لم يوجد احد المعنيين فقد وجد المعنى الآخر

قوله ومن وهب شقصا مشاعا فالهيبة فاسدة اي لا يثبت حكما وهو الملك وان اتصل به القبض
 مشاعا ويكون مضمونا على الموهوب له اذا قبض وذكر عصام انها يفيد الملك وبه اخذ بعض
 المشائخ **قوله** لان الموهوب معدوم لان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر ولهذا لو فعله
 الغاصب كان مملوكا له وهذا لان قبل الطحن هو حنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشئ
 الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم فكان انما واغاية (ما)

لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع **قال** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد دميده قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة ما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه غايته ما في الباب ان الدهن يحصل بالسهم والعصر الا ان العصر آخرهما وجودا فيضاف الوجود اليه كزراعة الحنطة يضاف الي الزراعة وان لم يكن بد من الحنطة والارض فان قيل الدهن لما لم يكن موجودا في السهم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسهم مطلقا ولا يشترط ان يكون الدهن الصافي اكثر مما في السهم قلنا حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه آخر المذكورين الا انه لا بد لوجود الدهن من وجود السهم لا محالة ثبت شبهة فإما به بالسهم قبل العصر والشبهة بالحقيقة في باب الربو ولكن لا يكفي لصحة الهبة *

قوله لان امتناع الجواز للاتصال اي لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الهب مع امكان الفصل وذلك يمنع القبض كالشائع **قوله** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ثاب احدهما من الآخر واذا تعارفا ثاب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى بانه هوان الشي اذا كان مغصوبا في يده او مقبوضا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جائزا لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبض اذ كل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه له ايضا لا يحتاج الى قبض آخر لكون ذلك القبض اعلى وهو كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشي ودیعة في يده او عارية فوهبه مالكه من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين لان كلا القبضين امانة ولو كانت ودیعة عنده او عارية فباعه منه فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وذكر ابو نصر في شرحه انه اذا كان مضمونا بغيره كالبيع والمرهون لا ينوب عن القبض الواجب بالهبة ولا بد من قبض جديد وهوان يرجع الى الموضوع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها لان العين وان كانت في يده لكنها مضمونة بغيرها الا ان هذا الضمان لا يصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم (يكن)

واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده وفي يد مودعه لان يده كيدة بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عياله او الاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائرين النافع والضائر فالى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقضها له وليه وهو وصى الاب او جدا لليتيم او وصيه جاز يكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن له بد من تجديد القبض بخلاف المضمون بقبضتها او مثله حيث تصح البراءة عند الايرى انه لو ابرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز فضاوت الهبة براءة من الضمان فيبتي قبض من غير ضمان فتصح الهبة به *

قوله واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لا فرق بينهما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لو اوده بالبد التي هي قائمة مقام يده فان قبل قد قلتم اذا وهب المودع من المودع جاز ولو كانت يده كيدة لمودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة فباستمرار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده فاست مقام يد المودع مادام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التملك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه

قوله بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا الى آخره يعني اذا كان مال الاب مغصوبا او كذا وكذا لم يتم الهبة بالعقد لانه في يد غيره في الرهن والغصب او في ملك غيره في البيع الفاسد فان قبل ينبغي ان لا يتم الهبة اذا كان في يد مودعه لاشتراط الكمال في القبض وكون هذا القبض حكما وهو انقص من القبض حقيقة قلنا القبض حكما كاف لاتمام الهبة ولهذا يجوز بالتخلية بخلاف الشائع فان قبضه في ضمن الكل والضمني كان لم يكن **قوله** والصدقة في هذا مثل الهبة اي في حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة كما اذا صدق على فقير بشيء في يده وعلى ابنه الصغير **قوله** وكذلك كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي اي اذا وهب الصغير من يعوله شيئا فهو كما اذا وهب الاب لابنه الصغير في حكم القبض (قوله)

لان لهؤلاء ولاية عليه لقباهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع التي حفظه وحفظ ماله وهذا من باب ما لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يريه لان له عليه يد معتبرة لا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة

قوله لان لهؤلاء ولاية عليه وفي الايضاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربع اذ ان تلك الاربعة الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه واجنبيا لانه يست لهؤلاء ولاية التصرف في المال فقيام الولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ثم قال وان لم يكن احد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن في عياله لانه اذا كان في عياله فله عليه ضرب ولاية لا ترى انه يورثه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لانه من باب المنفعة **قوله** وكذا اذا كان في حجر اجنبي يريه اي يجوز للاجنبي الذي يريه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الاربعة وفي المبسوط واذا ثبت ان للاجنبي الذي يعوله ان يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وابانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوي ان كان الصبي يعقل ولا يعقل ثم قال وفيه نوع اشكال لانه ان كان يعقل فهو من اهل القبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف ههنا والجواب انه يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغير ينقي ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه ينقح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولاية على نفسه وولاية الغير خلف ولا يظهر عند ظهور الاصل **قوله** وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا (و)

يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتقويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل
الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث
لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة
لا بتقويض الاب ومع حضرة لا ضرورة **قال** واذا ذهب اثنان من واحد اجاز لانهما سلماتهما جملة

واما جواب القياس وهو قول الشافعي رحمه الله لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر
بنفعه قبل البلوغ خصوصاً فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك
فيه لا يمكن تحصيله له بغيره وهذا لم يعتبر الشافعي عقله في صحته اسلامه واعتبره في وصيته واختياره
احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره *

قوله يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف الى آخره جواب عن ان يقال الولاية للاب
عليها فلا يجوز قبض الزوج فاجاب بان الاب اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها
اذ ازفت اليه قبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولو قبض
الاب ايضا صح لبقاء ولايته وان قبضت بنفسها جاز ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما وسلم
الاب ولدة الصغير الى من يعوله لان من ذلك لا يثبت به الاستحقاق والزواج يحكم الكاح
يثبت له عليها استحقاق اليد حتى صار اولى لها من ابيها **قوله** بخلاف ما قبل الزفاف
لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها ايداً مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف
قوله في الصحيح يتعلق بقوله حيث لا يملكونه وفي النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله
ويملكه مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة
ابيها في الصحيح وانه بعيد واما قال في الصحيح لان فيه خلافاً في الخلاصة وذكر الصدر
الشهيد رحمه الله ان قوله في الكتاب الام انما تملك قبض الهبة للصغير اذا لم يكن للصغير
اب هذا ليس بامر لازم فانه ذكر في الاصل الاب اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل
فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ وذكر (في)

وهو قد قبضها جملة فلاشروع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة ر ح
وقال يصح لان هذه هبة الجملته منهما اذ التملك واحد فلا يتحقق الشروع كما اذا رهن
من رجلين وله ان هذه الهبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل
احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه
في فتاوى قاضي خان ولو كان الصغير في عيال الجداو الاخ والعم والام فهو له هبة
فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضرا خلت المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز
والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج واب الصغير حاضر *

قوله وقد قبضه جملة فلاشروع والمؤثر الشروع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل ثم
سلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز والفتنة فيه ان الشائع محل حكم
الهبة وهو الملك الشائع يقبل الملك لكن الملك موقوف على القبض الكامل وذاك لا يتحقق
ائع فظهر اثر الشروع في حق القبض دون العقد فصح العقد فاذا زال الشروع وورد
القبض على غير الشروع بقي على الصحة **قوله** كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان
تأثير الشروع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة
بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولان الشروع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين
جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمترع ضمانا و ابو حنيفة ر ح
يقول قبض كل واحد منهما الاتي جزء شائع وذلك غير موجب للمالك فيما يحتمل القسمة
بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير الشروع باعتبار
ان القبض لا يتم معه وذلك موجود ههنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه
مع الشروع لان القبض في المشاع لا يتحقق على سبيل الكمال فان قيل هلا علقتم الملك بالتسليم
والاشروع فيه دون القبض فان الملك انما يتعلق بالقبض لنفي الضمان عن المترع فوجب ان يعتبر
جانبه وهو التسليم لا جانب القابض قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض على
سبيل الكمال لانه طريق القبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم * (قوله)

(كتاب الهبة)

وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كمالا لا شيوع ولهذا الوضعي دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين عشرة دراهم او وهبها اليهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها اليهما لم يجوز وقال يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر بالصلابة ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الجامع وفي الاصل سوي قتال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقعهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمدكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا للاحدهما ثلثا دارا والاخر ثلثها لم يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز ولو قال للاحدهما نصفها والاخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان فابو حنيفة رح مطلقا اصله ركنا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتخصيص على البعض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذ رهن من رجلين ونص على البعض *

قوله وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع اي على اعتبار ان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف **قوله** وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم يعني لم يجوز الهبة من اثنين وجوز الصدقة منهما **قوله** وفي الاصل سوي ذكر في الاصل عتبت مسألة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان التصديق على اثنين في ما يحتمل القسمة باطل عند ابو حنيفة رح كالهبة لتوقعهما على القبض فوجب ان يستويا في هذا ايضا اذا لمفسد واحد وهو الشيوع وفرق بينهما في الجامع الصغير ووجه الفرق المذكور في المتن وفيه وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمدكور في الاصل الصدقة على غنيين **قوله** ولو قال للاحدهما نصفه والاخر نصفه في الايضاح روي من ابي يوسف رح اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا انصفتها والاخر نصفها فهو جائز لان هذا يصلح ان يكون تفسير الحكم الواقع بالهبة فجعل مجازا عنه (فلم)

باب الرجوع في الهبة

قال واذا هب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة المولد المولدة علي اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له فلم يعتبر ذلك شيوعا في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا انصفها لم يجز لانه يظهر الشيوع هنا في نفس العقد ونمته في حكم العقد ثم فرق ابو يوسف رحمه الله في احد الروايتين بينهما اذ انص على الابغاض متساويا ومتفاضلا والفرق ان حالة التفصيل متى كانت لا يخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت يخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل (لان كلام العاقل لما تدنه لا يعبد) فاذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا انصف بينهما فالتفصيل لغو الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال هو التصفيف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فلا بد من اعتباره واذا اعتبر يترق العقد ويظهر الشيوع في كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن لان حالة التفصيل نمته يخالف حالة الاجمال في الوجهين لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الدل وعند التفصيل لا يثبت سواء كان التفصيل متساويا ومتفاضلا *

باب الرجوع في الهبة

قوله قال واذا هب هبة لاجنبي احترز بالاجنبي عن القريب المحرم وجعل القريب غير المحرم في حكم الاجنبي فله الرجوع فيها اي بالتراضي او بقضاء القاضي اذالم يقرن بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده اغنى عن ذكر القيود *

قوله بخلاف هبة الوالد لولده علي اصله فان من اصل الشافعي ان للاب في مال الابن حق الملك وعن هذا لم يجوز للاب ان يتزوج امة ابنه لان له فيها حق الملك لقوله عليه السلام ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه وقوله عليه السلام انت وما لك (لا)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم يشب منها اي مالم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته ذالعقد يتبله والمراد بما روي نفي استبدال الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستباحة لا يملك وهذا بطايرة بوجوب حقيقة الملك في مال ابنه ثم هو وان لم يثبت الحقيقة فلا قل من ان يثبت الحق فلا يجوز له ان يتزوج امته لذلك كما لا يجوز للمولى ان يتزوج امته مكانه *

قوله ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم يشب منها ولا يقال ان المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق لها وهذا يقتضي ان يكون غيره فيه حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلنا قوله مالم يشب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرا العوض قبله **قوله** والمراد بما روي نفي استبدال الرجوع يعني الواهب لا يستبد بالرجوع في هبته بل لا بد من القضاء والرضاء الا الوالد فانه يستبد بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للاتفاق على نفسه وذلك قد يسمى رجوعا في الهبة مجارا كما روي ان عمر رضي الله عنه حمل واحدا على فرس في سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فنهاه رسول الله عليه السلام عن ذلك وقال لا تعد في هبتك مع ان الشراء لا يكون رجوعا حقيقة والمراد لا يحل الرجوع ديانه ومروءة لقوله عليه السلام لا يحل لرجل بوؤ من بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبان وجارة الى جنبه طوا اي لا يلبق ذلك في الديانة والمروءة وان كان جائزا في الحكم اذ لم يكن عليه حق واجب وهكذا تقول لا يلبق بالمروءة الرجوع وبكرة الا ترى الى قوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا التشبيه في معنى الاستباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي الا ترى انه قال في رواية كالكلب يتقى ثم يعود في قبته وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه تقول انه مستقيم *

(قوله)

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها الحصول المقصود او يزيد زيادة منصفة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد * **قال** او يموت اجد المتعاقدين لان يموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الوهاب فوارثه اجنبي من العقد ان هو ما اوجبه **قال** او تخرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقصه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه * **قال** فان وهب لآخرا صايبضا فانت في ناحية منها تخلوا بنى بيتا وكانا آريا وكان ذلك زيادة فيها

قوله ثم للرجوع موانع هي سبعة احدها قبض العوض وثانيها الزيادة المتصلته كالغرس والبناء والسمن ولو كانت الزيادة منفصلته بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل دون الزيادة **مسألة** ان كانت الزيادة من سعر فله ان يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب **مسألة** زيادة رغبة الناس فيه والعين بها كما كانت فلا يمنع الرجوع وثالثها موت احد المتعاقدين ورابعها خروج الهبة عن ملك الموهوب له وخامسها المحرمية بالرحم وسادسها الزوجية وقت الهبة حتى لو وهب لامراة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامراة هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب له ويجمع الكل دمع خزفه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والراء الزوجية والثاف القرابة والهاء هلاك الموهوب **قوله** فان وهب لآخرا صايبضا الزيادة في الارض قد لا تعد زيادة وقد تكون زيادة في الكل بان ازدادت بها قيمة الكل وقد تعد زيادة في قطعة منها اما اذا بنى دكانا بعد ذلك زيادة في الدار لان الزيادة في جانب الدار بوجب زيادة في كل الدار فانه يزداد بها قيمة كل الدار كما اذا كان في احدى عيني التجارية بياض فزال البياض فالزيادة في عينها يكون زيادة في كل التجارية وان كانت في موضع خاص كذا هذا الآري المعلق عند العامة وهو مراد الفقهاء وعند العرب الآري الاخبة وهي عروة حبل يشد فيها الدابة في مجلسها فاعول من تارى بالمكان اذا اقام فيه كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقير الا بعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعتها منها فلا يمنع الرجوع في غيرها **قال** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المتصور صلته بالرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو اباها بعد ما وهب فلا رجوع **قال** وان اقال الموهوب له للموهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلها عنها او في مقابلتها فتبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا **قوله** فليس له ان يرجع في شيء منها فان ترفعنا الامر الى القاضي لم يقض لما كان الزيادة ثم ان الموهوب له هدم الزيادة وقلع الشجر وعادت كما كان للموهب ان يرجع لزوال المانع بخلاف ما لو اشترى عبد اعلى انه بالخيار ثلثة ايام فحمم العبد في الايام الثلثة فخاض صمد في الرد وبطل القاضي حق المشتري لكان الحمى ثم زال الحمى قبل مضي ثلثة ايام ليس له ان يرد والفرق ان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل السقوط حتى لو قال اسقطت او اطلت لا يسقط فلا يسقط بسبب الزيادة الا انه امتنع لما منع فاذا زال فله الرجوع فاما حق المشتري فيحتمل السقوط بقوله اسقطت فكذا باسقاط القاضي كذا ذكره الخبازي رح وذكر صاحب النهاية فيه رجل وهب لرجل وصيفا ثبتت عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فاراد الواهب ان يرجع فيه بقيمة الساعة اقل من قيمته حين وهبه فليس له ان يرجع فيه لانه زاد من وجهه وانتقض من وجهه وحسن زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك **قوله** وان اقال الموهوب له للموهب خذ هذا عوضا عن هبتك وصورة التعويض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض هبته بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك ارجاء هبتك او ثواب هبتك او بدل هبتك اما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في هبته وفي المبسوط وسواء (كان)

وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
 لا سقاط الحق فيصح من الاجنبي كبذل الخلع والصلح واذ استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
 لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يجمع
 كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها لان هذه ليست بمعاوضة محضة
 فلا يتحقق فيها الربو وانما تأثير العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق
 في ذلك بين القليل والكثير اذ اينه للواهب ويرضي به الواهب ويشترط شرائط الهبة
 في العوض من القبض والافراز لانه تبرع وينبغي ان يكون من غير الموهوب اما اذا عوض
 شيئا من الموهوب عوض الموهوب لا يجوز وفي المبسوط وان كانت الهبة الف درهم والعوض
 درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع في الهبة وكذلك
 ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفران هذا يكون عوضا لان ملك الموهوب له
 من الموهوب بالقبض فالتحق المتبوض بسائر امواله وكما يصلح سائر امواله عوضا عن الهبة
 قل ذلك او كثر فذلك، هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا الا يحصل لانا نعلم يقينا
 انه بهبته الف درهم لما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان سالما له *
قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض بين الحكم في التبرع اثبت الحكم
 فيما اذا عوضه بامر الموهوب له بالطريق الاولى لان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه
قوله كبذل الخلع وبانه ان التعويض في الهبة يفيد الموهوب له بسقوط حق الرجوع وهذا
 السقوط ليس بشيء فيصح العوض عن الاجنبي كالخلع فان المرأة يستفيد ببذل الخلع سقوط
 ملك الزوج عنها وقد جاز البذل على الاجنبي بخلاف الثمن في باب البيع لان المشتري
 يسلم له المبيع فلا يجوز وجوب الثمن على الاجنبي ابتداء بمقابلة سلامة المبيع له وكذلك الصلح
 عن انكار ما لم يسلم للمصالح الاسقوط حق الخصومة يجوز ان يجب بدل الصلح على الاجنبي
 ابتداء بدون ان يجب عليه وكذلك الصلح عن دم العمد لانه اسقاط وكذلك الصلح عن
 دين سواء كان باقرار او بانكار وفي المبسوط قال كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من (دينه)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل في الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه ينخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد **قال** وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف **قال** ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما وبحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء ننذو لومعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في بده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون

دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله *

قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اي بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر وهو الموهوب فانه لو استحق نصفه يرجع بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير مقابلا للآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عايه ان يرجع على صاحبه بنصف ما بقا له ولنا ان الباقي يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فان قبل في الابتداء يجعل تملك النصف عوضا له عن جميع الهبة وما في الاستحقاق فهو قد جعل تملك الكل عوضا عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على ان النصف عوض عن نصف الهبة فلا يجوز ان يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع فلنا هذا التقسيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لينتحق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له ان يرجع في شيء من الهبة مع سلامه جزء من العوض وذكر في الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض شرا لانها يتم تبعا ومبادلة فيوزع البديل على المبدل فاما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلة وان كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة **قوله** لانه اي لان الرجوع (مختلف)

وهذا دام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدوا اذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا
حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ
من الاصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثباته فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد
القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترا **قال** واذا تلفت العين
الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع

مختلف بين العلماء فمنهم من رأى ومنهم من ابنى وفي اصله اي اصل الرجوع وها هي
ضعف وفي المغرب الوفاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهي الحمل يهي وهيا اذا
ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز ان يكون مرادة الثواب والتحية
على هذا لا يرجع لحصول مقصود ومن الجائز ان يكون مرادة العوض وعلى هذا يرجع
الفصل بالرضا او بالقضاء لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولاية عامة وهو
القاضي او منهما لولا بينهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض *

قوله وهذا دام عليه اي القبض المحقق دام ذلك القبض الذي لم يعتد سببا للمضمان
قوله حتى لا يشترط قبض الواهب يعني لو كان كالهبة ابتداء لكان القبض شرطا كما في الهبة
المبتدأ ولما صح الرجوع في النصف المشبوع **قوله** فيظهر على الاطلاق اي الفسخ يظهر
على الاطلاق حالتي القضاء والرضا لان استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء وهذا لان
حق الواهب في الرجوع مقصود على العين وفي مثله القضاء وغيره سواء كالاخذ بالشفعة
بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا في حق الثالث لان
المشتري لاحق له في الفسخ وانما حقه في صفته السلامة فاذا لم يكن سليما وفات المشروط
كان له ان لا يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث
على القضاء **قوله** بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اي بعد قبض المشتري اما قبل القبض
فسسخ من الاصل **قوله** لان الحق هناك في وصف السلامة يعني ان في فصل الرجوع (في)

فلا تستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لافي غيره
قال واذهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء
 فان تقابض الصم العقد وصار في حكم البيع برد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه يبيع
 انتهاء وقال زفر والشافعي رح هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض

في الهبة بما يفعلان عين ما يفعله التاضي فيكون فسحا وفي الرد بالعيب التاضي يلزم
 على الخصم اولا تسليم وصف السلامة فان اعجز البائع عن ذلك يفسخ البيع فهما لم يفعلوا
 مثل فعل التاضي فلهذا لم يصرف فسحا بل يكون بمنزلة البيع ابتداء *

قوله فلا يستحق فيه السلامة لانه لم يلزم السلامة لا صريحا ولا دلالة اما صريحا فظاهر واما
 دلالة فلان دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البديل له وهذا المعنى معدوم هنا **قوله** وهو غير
 عامل له احتراز عن المودع اذا اهلك التوديعة في يده واستحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على
 المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ وعن المضارب اذا اشترى شيئا بمال المضاربة
 ثم استحق رأس المال وضمنه المستحق فان المضارب يرجع بالثمن على رب المال لانه
 عامل له اما الموهوب له فغير عامل للمواهب فلا يرجع عليه **قوله** والغرور في ضمن عقد
 المعاوضة سبب الرجوع كما في ولد المغرور فانه يرجع بقيمة الولد على البائع وان لم يوجد
 المعاوضة في الولد ولم يعمل البائع ولكنه مغرور في ضمن المعاوضة فيصلح سببا للضمان لان
 المعاوضة عقد ضمان فما كان في ضمنه جازا ان يكون سببا للضمان لان المتضمن له حكم
 المتضمن ولا كذلك هنا فان الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة **قوله** واذا ذهب بشرط العوض
 اعتبر التقابض في العوضين الى آخره ذكر الامام المحمدي في الجامع الصغير هذا الذي
 ذكره فيما اذا ذكره بكلمة على وما لو ذكره بحرف الباء بان قال وهبت منك هذا العبد بثوبك
 هذا او بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع **قوله** لانه هبة ابتداء فان قيل
 لم لم يعكس الامر قلنا لان الهبة انعقاد العقد بالنظر والمقصود هو الحكم وانه بعد تمام العقد (فبعد)

والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح ماله لنفسه *

فبعد الانعقاد اعتبرنا اللفظ لأن العقد به يعتد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا في المبسوط * **قوله** والعبرة في العقود للمعاني الاتري ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالته والحوالة بشرط مطابقة الاصيل كفالة وأنه لو وهب بنته لرجل يكون نكاحاً ولو وهب امرأته لنفسها يكون مطلقاً ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقاً ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراءً فاللفظ واحد **قوله** والعبرة باختلاف المعنى والمقصود **قوله** وقد أمكن جواب لان يقال لا يمكن الجمع هنا لتحقيق المناقاة بين العقدين فان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللزوم مستلزم لتنافي اللزومين فتحقق المناقاة بين البيع والهبة ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب عليه الملك كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد يقع لازمة كهبة القريب وغيره وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على ان المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء وبيعاً انتهت فلم لا يجوز وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لأنه لا يمكن فيه تحقق البيع والاعتاق لأنه لا يحتل معنى البيع بوجه ما اذا العبد لا يصلح ماله لنفسه لأنه لا يملك غيره ماله فكيف يملك لنفسه والله اعلم بالضواب *

(فصل)

فصل

قال ومن وهب جارية الا حملها صححت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بينا في البيوع فانقلب شرط فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح من دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لانه الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير بقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك

فصل

قوله ومن وهب جارية الا حملها صححت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد الاصل ان ما لا يصح افراسة بالعقد لا يصح استثناء من العقد والهبة لا يعمل في الحمل لكونه جزء منها حقيقة وحكما ولهذا يتحرك بتحركها وبسكنها وهو متصل بها اتصال خلقه ويدخل في بيعها واعناقها وصيتها بدون الذكر فلا يجوز الاستثناء لان الاستثناء في الاطراف والاجزاء لا يتحقق لان الدليل المستبعد قائم ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل بمنزلة جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يراد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بملفوظ واذ لم يكن تصحيحه استثناء يبقى شرطاً فاسداً لانه على خلاف مقتضى العقد لان العقد يقتضي دخول جميع الاوصاف وهذا يقتضي خلافه **قوله** وهذا هو الحكم في النكاح الى آخره بان تزوج امرأة على جارية واستثنى حملها يبطل الاستثناء ونصير الجارية مع الحمل مهراً وكذلك اذا جعل الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى حملها لا يصح الاستثناء وبصير الحمل والجارية بدل الخلع **قوله** ولو اعتق ما في بطنها (ثم)

فان وهبها له على ان يردّها عليه او على ان يعتقها او يتخذها م ودا و هب له دارا او تصدق عليه
 بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط
 تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي صم اجاز العمري

ثم وهبها جازت لانه لم يبق الجنب على ملكه فاشبه الاستثناء ووجه المشابهة ان
 في صورة اعتاق الحمل لا يبقى الحمل على ملك الواهب فكذا في استثناء الحمل
 لان الحمل لا يبقى ايضا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل ولأنه
 ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء والفرق ان التدبير
 لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب وهو في ملك الواهب فصا كهيئة
 المشاع فيما يقسم وكهيئة شيء مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق مزيل ملك المعتق
 فانه يذهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب
 ثم ر ب ارضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة يتم كذا اذا
 وفي الكافي وشبه الاعتاق بالاستثناء في الهداية من حيث ان الهبة تصح في الامه كما في
 فصل الاستثناء ونفي التشبيه في فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تصح في الامه لان تدبير
 الولد مانع فلم يكن نظير الاستثناء وفي الايضاح والمعنى فيه ان الملك في باب الهبة
 متعلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشرط وانما الشرط يؤثر في العتود الشرعية
 لان الحسيات ان وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان يجعل عدما فعلى هذا كان ينبغي ان لا يفسد
 الرهن لان حكمه يتوقف على القبض والفرق ان القبض في باب الرهن اعتبر حكما للرهن
 فان حكم الرهن يد الاستيناف وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر في العقد وما في
 باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان القبض في حكم ركن العلة في باب الهبة
 والفساد لا يؤثر في الركن فلغا الشرط واعلم ان استثناء ما في البطن تنقسم لثلاثة اقسام في قسم يجوز
 التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وفي قسم لا يجوز اصل
 التصرف كالبيع والاجارة والرهن وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية * (قوله)

وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى
 الربو وهو يعمل في المعارضات دون التبرعات **قال** ومن له علي آخرائف درهم فقال اذا جاء
 خذ فهي لك او انت منها بري او قال اذا اديت الي نصف فلك نصفه او انت بري
 من النصف السابق فهو باطل لان البراء تملك من وجه اسقاط من وجه هبة الدين ممن
 عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجهه ومن هذا الوجه كان تملكه ووصف من وجهه ومن
 هذا الوجه كان اسقاطه وهذا لما لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص
 بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة
 للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه ومعناه ان يجعل دارة له مدة عمرة واذا مات
 ترد عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما رويناه وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد
 والرقبي باطله عند ابي حنيفة ومحمد راجح **وقال** ابو يوسف راجح جائزة لان قوله داري لك
 تملك وقوله رقبى شرط فسد كالعمرى ولهما الله عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان
 معنى الرقبى عندهما ان مات قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق
 التملك بالخطر فبطل واذا لم تصم تكون عارية عندهما لا يتضمن اطلاق الانتفاع به *

قوله وابطل شرط المعمر العمرى تملك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له
 لان معنى العمرى ان تقول ملكتك هذه الدار مادمت حيا او عمر كفاذا مات فهي لي
قوله لان الدين مال من وجهه اي بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكاة ووصف من وجه
 اي بالنظر الى الحال حتى لا يحث لو حلف ان لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو آية
 التملك ويتم بلاقبول وهي امانة الاسقاط والتعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات المحضة
 والاسقاطات المحضة وهي التي يحلف بها دون ما فيه معنى التملك **قوله** لما رويناه اراد به
 قوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده **قوله** والرقبي باطله
 عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة حاصل الاختلاف
 بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رحمه الله (هذا)

فصل في الصدقة

قال الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المتصور هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المتصور هو الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاوّل سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب ما لا يتصدق بمثل ما اتفق وقد ذكرناه من قبل *

هذا اللفظ على انه تملك الحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا في نفس التملك لان معنى الرقبي عند هذا ان مت فملك فهو لك وكان هذا تعليق النسيئة الخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل والله اعلم *

فصل في الصدقة

قوله لما بينا في الهبة اراد به قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة قوله وكذا اذا تصدق على غني استحسانا اي الرجوع في الصدقة على الغني ايضا كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في ان المقصود الثواب فكذا في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المتصور ثم له ان يرجع في الهبة فكذا في الصدقة ولكننا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال الممتلك ثم التصديق على الغني يكون قرينة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا يملك نصا باوله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا النبل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع والله اعلم * (كتاب)

كتاب الاجارات

الاجارة عقد ترد على المنافع بعوض لان الاجارة في المنفعة بيع المنافع والقباس بأبى جواز
لان المعتود عليه المنفعة وهي معدومة و اضافة التملك الى ما سيجد لا تصح الا اذا
جوزناه لاحتاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الإثارة وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير
اجرة قبل ان يحرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجرة وتعد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط

كتاب الاجارات

ما في الاجارة لغة مذكورة في المغرب وغيره على الاستقصاء

قوله الاجارة عقد ترد على المنافع احتريزه عن بيع الاعيان **قوله** بعوض احتريز من
العارية **قوله** و اضافة التملك الى ما سيجد لا يصح لان المعدوم ليس بمحل العقد
لانه ليس بشيء فيستحيل وصفه بانه معتود عليه ولانه لا بد من ملك المعتود عليه بعد
الوجود لان العقد والمعدوم لا يوصف بانه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان
الوجود لان المعاضات لا يتحدل الاضافة كالبيع **قوله** والدار اقيمت مقام المنفعة
في اضافة العقد اليها هذا عندنا ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمل العقد يظهر في المنفعة
ملكوا استحفا فاى ثبت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعة نعقد الاجارة بنعتد شيئا
فشيئا حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافة الى ما يثمر من نخله والطلاق المضاف
الى شهر بخلاف بيع العين فان الملك في العين في البيع ثبت في الحال وبتاخر الاستحقاق
الى زمان نقد الثمن وهذا الشافعي رحمه الله يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة
تصحح العقد فان العقد يستدعي محلا يعقد فيه اذا شرع حكم بالانقضاء والملازم وهو وصف العقد
المعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد وما ذهبنا اليه من اقامة الدار مقام المنفعة اولى (لان)

الاجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملك واستحقاقا حال وجود المنفعة

لان جعل السبب مقام المسبب امر شائع في الشرع اما جعل المعدوم موجودا بخلاف
الاصل اذ العدم مع الوجود متنافيان ولهذا اقيمت المرأة مقام ما هو المقصود من النكاح في حكم
العقد واقيمت الذمة التي هي محل للمسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم
وهذا الان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا في نفسه مقدور التسليم وللشارع
ولاية ان يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطنة في الرحم
ولا حيوة فيها كالحبي حكما في حق الارث والعق والوصية وكما جعل الحبي حقيقة كالميت حكما
وهو المرتد الا حق بدار الحرب واقرب من هذا السلم فانه بيع المعدوم حقيقة لكن الشرع جعل
العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم رخصة وترفيها باعتبار ثبوته في الذمة
الثبوت في الذمة قائما مقام العين القائم حل العقد كذا هنا والله تعالى ان ينصب
الاحدم ر شرك في حكمه احدا لكانا نقول جواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدوم
يجعل مونا حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يتصور
بناؤها وتبين وما لا بقاء لها كيف يتصور تسليمه بحكم العقد فلا يكون محلا للعقد المعوضة بل
باعتبار ان عين الاداء المنتفع بها اقيم مقام المنفعة في حق صحة الاجاب ليرتبط الاجاب بالقبول
ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الي وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقد
الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وهذا لان اتمامه السبب
مقام المسبب اصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل الذي غير ذلك
من النظائر ولا عهد لنا في الشرع ان يجعل المعدوم موجودا مع ان فيه قلب الحقيقة ولم يكن
الجواز في السلم بطريق ان المسلم فيه اخذ حكم العين بل باعتبار ان الذمة التي هي محل للمسلم
فيه اقيمت مقام المسلم فيه في حق جواز السلم او باعتبار ان المسلم فيه اعطي له حكم الثمن على
انه يقدر الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة والمسلم فيه يتصور وجوده حقيقة فيمكن (تقديره)

(كتاب الاجارات)

ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه و
بدله تقضي الى المازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جازان يكون ثمننا في البيع جازان يكون
اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر ثمن المبيع وما لا يصلح ثمن يصلح اجرة ايضا كالا عيان

تقديره حكما والمنافع التي يحدث في المدة لا يتصور وجودها جملة حقيقة فلا يتصور حكما وكذا
الحي يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ثم للشافعي رحمه الله تعالى مسائل على
هذا الاصل منها ان الاجرة يملك بنفس العقد ويستوفي للحال لانه اعطي للمنافع المعدومة
حكم الموجود المملوك في صحة الاجارة فيصير بمنزلة بيع عين موجود والبيع المطلق يوجب
المالك في الثمن حالا ومنها اذا آجرت امة شهرين فلم يسلم شهراً واراد التسليم في الثاني
لم يجبر على التسلم كما اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ولم يسلمهما حتى هلك احدهما
فان المشتري ينحصر في قبض الباقي ومنها اذا مات احد المتعاقدين لم يبطل وورثت المنافع
وكذلك الموصي لدبسكنى الدار اذا مات ورثت عنه السكنى لانها صارت للموصي له ومنها
ان المولى اذا آجر عبداً سنة ثم اعتقه بقي العقد لان منافعه صارت في حكم المملوكة للمستاجر
والخراجة عن حكم المولى والعبد فلا يصير له بالعق وكذا الوصي اذا آجر اليتم سنة ثم بلغ
اليتم لم يملك نقضه كما لو كان باع ماله *

قوله ولا تصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا وهو قوله عليه السلام
من استاجر اجيراً فليعلمه اجرة وهذا الحديث بعبارة تدل على اشتراط اعلام الاجرة
وبدلاً لتدلى على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هي المعقود عليه في عقد الاجارة والاجرة
معقود به وفي العقود الاصل هو المعقود عليه وما المعقود به فيجبري مجري النفع فلما اشترط
اعلام النفع كان اشتراط اعلام المتبوع اولى فكان اشتراط اعلام المنافع ثابتاً بدلالة الحديث
فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط اعلام المنافع واعلام الاجرة
قوله كالا عيان نحو العبد والثياب *

(قوله)

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالى والمنافع نارة نصير معلومة بالمدة
 كاستيجار الدور والسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي
 مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت
 المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طال المدة او قصرت
 لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة
 الطويلة كيلا يدعى المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار

قوله فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره وهو قوله وما جاز ان يكون ثمن في البيع جاز ان يكون
 اجرة لان الاجر عوض مال فكل ما هو مال وصلاح عوضا صالح اجرة اما الشئ فما يجب
 في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة **قوله** اذا كانت المنفعة لا يتفاوت هذا احتراز
 عن ما لا يجوز في الارض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع
 فيها لان ما يزرع فيها متفاوت على ما يجي بيانه في الكتاب **قوله** وهي ما زاد على ثلاث
 سنين وهو المختار للفقهاء المتولي اذا آجر الموقوف فان كالموقوف فان لا يوافق شرط ان لا يوافق
 من سنة لا يجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز جازته الى ثلاث سنين اما
 الاجارة اكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشائخ بلح رح لا يجوز وقال بعضهم يرفع الى
 الحاكم حتى يبطله وبه اخذ الفقيه كذا في التتمة والحيلة في ان يجوز اكثر من ثلاث سنين يرفع الى
 الحاكم حتى يجوز وكان الصدر الشهيد رحمه الله يقتضي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع
 الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع كان يقتضي بعدم الجواز فيما
 زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي شرح حيل الاختصاف الحيلة
 لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقدا متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة
 فيكتب استاجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقودا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول
 لازما والثاني غير لازم لانه مضاف كذا في الذخيرة *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجرمتمى يستحق)

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خطاطة او استاجرة دابة ليحمل عليها مقدار معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب والون الصبغ وقدره وجنس الخبث طه والقدار المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وبما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخباط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الواحد ولا بد من بيان الوقت

قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراد ما ينقله والموضع الذي يحمله اليد كانت المنفعة معلومة نصبح العقد *

باب الاجرمتمى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعتود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابل من البدل ولان العقد فيه قد شبه فشيئا على حسب حدود المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المسواة فمن ضرورة التراخي

قوله وتارة بصير معلومة بنفسه اي بنفس العقد **قوله** كما في اجير الواحد وفي بعض النسخ الاجير الواحد والاصح هو الاول في المغرب اجير الواحد على الاضافة بخلاف الاجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد ومعناه اجير المستاجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحاء يصح لانه يقال رجل وحداي مفرد والله اعلم بالصواب *

باب الاجرمتمى يستحق

قوله الاجرة لا تجب بالعقد المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فان الاجرة لو كان عبدا فاعتقه المواجر قبل وجود احد معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لضح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فانه عقد معاوضة فيعتبر فيه المساواة ولم يوجد في جانب المقر عليه لانفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذلك في جانب العوض فان قيل (لو)

في جانب المنفعة التراخي في البذل الاخر واذا استوفى المنفعة ثبتت الملك في الاجر
 لتحقق النسوية وهكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقاله وقد ابطله
 لولم يكن نفس الوجوب ثابتا لما صح التعجيل من المستأجر والابراء من المواجه قلنا انما صح
 ذلك نظرا الى انعقاد السبب فبالنظر الى انعقاد السبب يجب ان يكون الحكم مرتبا عليه
 كما في سائر العقود وانما التراخي للضرورة وبهذا يتقضى ايضا من قول الفائل ينبغي
 ان لا يصح شرط التعجيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب
 من جهة العباد لا نأقول لانهم لانه ليس بمقتضى العقد فان العقد يقتضيه كما في البيع الا انه
 ترك بعارض وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح
 وقال الشافعي رحمه الله بملك بنفس العقد ويجب تسليم الدار او الدابة الى
 تأجر لانها عقد معاوضة فملكته يوجب ملك البذل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع
 سارت موجودة حكما في انعقاد العقدان من شرط جواز العقدان يكون المعقود عليه
 موجودا مقدورا التسليم والشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل الطف في الرحم
 والحيوة فيها كالحی حکما في حق الارث والعنق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما
 وهو المرتد اللاحق بدار الحرب وهذا كالمسلم فانه بيع المعدوم حقيقة ولكن الشرع جعل العين
 المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم كذا هنا قلنا هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل
 البدلين في الملك والتسليم اي ثبتت الملك في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة
 المساواة ثم احد البدلين هو المنفعة لم يصير مملوكة بنفس العقد بل تراخي حكم العقد فيها
 الى حين وجودها فكذا الاجر وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف
 المعدوم به وان الم يملك المعقود عليه في الحال لو ملك البذل لملك بغير عوض وذا ليس بقضية
 المعاوضة وجواز العقد ليس لما ذكره بل باعتبار اقامة السبب وهو العين مقام السبب وهو المنفعة
 ضرورة تصحيح العقد ليربط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البذل بنفس
 العقد بل في حق البذل كالعقد المضاف اليه وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله * (قوله)

(كتاب الاجارة باب الاجر مني يستحق)

واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجران لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقبض تسليم
المحل مقامه اذا تمكن من الانتفاع بثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان
تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للممكن من الانتفاع واذا فات الممكن فات التسليم
وانفسخ العقد فبسقط الاجران وجد العصب في بعض المدة سقط بقدره اذا انفساخ في بعضها
ومن استأجر دارا فللموحران يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين
وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما يباين ومن استأجر
بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان
ابو حنيفة رحمه يقول اولالا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر
رح لان المتعود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المتعود
عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة عند تحقق
المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تنضي الى ان لا يتفرغ غيره فبعضه فبعضه فبعضه فبعضه
قال وليس للتصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في المعص
غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر
قبل الفراغ لما يباين **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم *

قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها يعني اذا تمكن من الاستيفاء في المدة
وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة اما في الاجارة الفاسدة يشترط وجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء
والتمكن من المستأجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر
دابة الى الكوفة وقبضها وامسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة
فلا اجر عليه وان سافها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي رحمه الله
يجب الاجرة في الوجهين كذا في النهاية **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ لما يباين يريد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا ونوع (مخالفا)

قال ومن استأجر خباز الخبز في بيته فغيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الا جرحنى يخرج الخبز من التور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ر ح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر **قال** ومن استأجر طبخا لطبخ له طعاما للوليمة

مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير والخبر الاسلام وفاضل الخان والتمرتاشي والغوائد الظهيرية ففي المبسوط لو استأجر خبازا ليخيط له في بيت تأجر قميصا وخط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما حاط فان كل جزء من العمل لما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجرح على حصول كمال المقصود وذكر الادام القاضي خن رحمة الله عليه هذا لو استأجر خبازا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكره كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رحمه الله اتبع صاحب التجريد (بالفضل الكرمانى رحمه الله) والله اعلم بما هو الحق عنده *

قوله ومن استأجر خباز الخبز في بيته اي في بيت المستأجر فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا لانه لم يهلك صنعه واما عندهما فلا لانه هلك بعد التسليم وذكر القدوري في شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه اجير مشترك والعين في يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في يقه وقال القدوري رح لا ضمان عليه في الخطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان لا قيمة له كذا في الذخيرة * (قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجر متى يستحق)

فالغرف عليه اعتبار المعروف **قال** ومن استأجر انسانا فليضرب له ليلنا استحق الاجرة اذا اقامه
هندابي حنيفة رح وقال لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريح من تمام عمله اذا لا يوم من
من الفساد قبله فصا ركا خراج الخبز من النور ولان الاجير هو الذي بتولاه عرفا وهو المعتبر
فيما لم ينص عليه ولا بي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريح عمل زائد كالنقل
الا ترى انه ينتفع به قبل التشريح بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه
طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج *

قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار واصباغ فله ان يحبس العين حتى
يستوفي الاجر لان المعتود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل
كما في المبيع ولو حبسه فصاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد
في الحبس فبقي امانته كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعتود عليه قبل التسليم وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعد ذلك لكنه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمول وله الاجر وسنين من بعد ان شاء الله تع *

قال وكل صانع لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح
لان المعتود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا ينصور حبسه فليس له ولاية الحبس

قوله فالغرف عليه اي اخراج المرفقة من الدور الى القصاع عليه وان استوجر بطنج قدر
خاص فاخراج المرفقة من القدر ليس عليه كذا في الابضاح والمحيط والمرجع في الجميع
العرف **قوله** استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يستحقها حتى
يشرجه هذا اذا ضرب اللين في ملك المستاجر فان ضربه في ملك نفسه فلا يجب الاجر
منده الا بالعد عليه بعد اقامتها وعندهما بالعد عليه بعد التشريح كذا في نظم الزند ويسنى
قوله وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار واصباغ فله ان يحبس العين اخلاف المشائخ
في قوا اصحابنا كل صانع لعمله اثر في العين ان المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع (ا)

و غسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الابق حيث يكون المراد حق حبسه لاستيفاء الجبل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رح ايس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولما ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البائع **قال** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعتقد عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كما لمنفعة

الذي بمحل العين كالشاستج والغراء والحنوط ونحوها اما مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر الفستق والخطب وطحن الحنطة وحلق رأس الغبد فاختر الاكثرون الاول بعضهم الثاني واما التصار فان كان يقصر بالشاستج او بياض البيض نله حق الحبس لانه يعمل بنفسه مال قائم كما في الصبغ فاما اذا كان يبيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس من البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصله ولكن استبر بالدرن والرسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستناره بالاوساخ فيقع العمل احدا ان الصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة *

قوله وغسل الثوب نظير الحمل هذا اذا لم يستعمل في الغسل شيئا **قوله** وقد احياه والاحياء الذي يتصور من العباد تخلص من اشرف على الهلاك اذا الاحياء الحقيقية من خواص الالهية **قوله** في الوجهين اي سواء كان لعمله اثر ولم يكن لان المبيع وقع في يد المشتري برضا البائع قبل نقدا الثمن فيبطل حقه في الحبس كما اذا عمل في بيت صاحب الثوب وهذا لان المبيع هنا اما اثر عمله في العين كما في الخياطة او مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع في يد المشتري برضا البائع وهو كمن استقرض من آخر كرحضة وامر بالقائها في ارضه بذرا ففعل صار قابضا **قوله** ولما ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل يعني ان المبيع وقع في يد المشتري (بغير)

(كتاب الاجارات ... باب الاجر متى يستحق ... فصل)

في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمل له لان المستحق عمل في ذمته ويمكن اتياءه بنفسه وبالاستعانة بغيره بدلالة ابقاء الدين *

فصل

ومن استاجر رجلا ليدهب الى البصرة فيجني بعياله فذهب فوجد بعثهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بتدرة ومراة اذا كانوا معلومين

بغير رضا البائع قبل نقد الثمن فلا يبطل حق البائع في الحبس كما في بيع العين وهذا لان المبيع في مسئلتنا اثر العمل او مال اتصل بالعين وقد وقع في يد المشتري وهو صاحب الثوب بغير رضا البائع لان العمل الذي استوجرا لاجله لا يمكنه تحقيقه الا بتحصيل الاثر متصلا بملكه فيكون مضطرا في ذلك والاضطرار يمنع ثبوت الرضاء *

قوله في محل بعينه اراد بالمحل ههنا الصانع يعني شرطا ان يكون محل هذا العمل هو لا غيره فلا يجوز له ان يستعمل غيره كالمصلحة في محل بعينه يعني اذا استاجر غلاما بعينه لا يكون للموذر ان يدفع غلاما آخر مكانه كذا هذا وصورة ما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه ان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك او بيدك **قوله** وان اطلق له العمل بان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطة لفظا فله ان يستاجر من يعمل له لان المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن اتياءه بنفسه وبالاستعانة بغيره كاياء الدين والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه قال النقيع ابو جعفر ر ح هذا اذا قلت مؤنة الماتين بموت من مات وما اذا لم ينقص المؤنة بان مات الكبار مثله كل الاجر **قوله** ومراة اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر متابلا بجملة ثمنهم ويقل مؤنتهم بنقصان عددهم فاذا اوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق بقدر ما اوفى وبطل بقدر ما لم يوف * (قوله)

وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويحجي بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد
 فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر
 في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه
 من المشتدودون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود
 او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معاق به وقد تنزه فيسقط الاجر كما في الطعام
 وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر
 بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجر له ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة
 فذهب فوجد فلانا ميتا فرد فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
 بخلاف مسئلة الكتاب عاى قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر *

استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويحجي بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد
 فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له الاجر كما لو لم
 يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه او وجدته لانه لم يبلغه
 الرسالة ورجع له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله قول ابي يوسف
 مع محمد رحمهما الله قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استاجر له
 للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنته وقيد بالمحجي بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المحجي
 بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا كان ميتا او غائبا فانه يستحق الاجر كما ملا قوله او وسيلة
 اليه اي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به اي بنقل الكتاب قوله
 وقد نقضه اي نقل الكتاب اما حقيقة فظاهر واما اعتبار اعلان ترك الكتاب ثمه مفيد لانه
 ربما يصل الى ورثته فينتفعون به او الكاتب ينتفع به فاذا رد فات ما هو المقصود بالاجارة
 فيكون ناقضا للعمل اعتبارا والله اعلم *

(باب)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصيح العقد ولان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حداد ولا قصار ولا طحان لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد به ورائها دلالة *

قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها والمستاجر الشرب والطريق وان لم يشترط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الابهام فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبعة دون الاجارة فلا بدخلان فيه من غير ذكر الحقنق وقدمر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة لبني فيها اولي غرس فيها نخلا وشجر لانها منفعة تقصد بالاراضى *

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قوله ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها بان قال استاجرت هذا الدار والحانوت سنة فقط ولم يقل للسكنى التماس ان لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين شيء من ذلك وجه الاستحسان ان المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فيصرف اليه لان المعلوم عرفا كالمشروط نفا على هذا قوله للسكنى يتعلق بالحوانيت لا بالاستيجار ومعناه الحوانيت المعدة للسكنى

قوله ولان يعمل كل شيء مما لا يضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك **قوله** وما يزرع فيها متفاوت لان الارض قد يستأجر لراعاة البر ولراعاة الشعير ولراعاة الذرة والارز وغيرها وبعضها يضر بالارض لان البعض قريب الادراك (و)

ثم اذا انتضت مدة الاجارة لزوم ان يطلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لانهاية لها فقي
ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انتضت المدة والزرع بقل حيث
ينترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبيين *

قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك منقلوعا ويملكه فله ذلك وهذا
برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعها فيحسب ان يملكها بغير رضاه *

قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا الا ان الحق لفلان لا يستوفيه *

قال وفي الجماع الصغير اذا انتضت مدة الاجارة وفي الارض رطوبة فانها تقطع لان الرطاب
لانهاية لها فاشبه الشجر **قال** ويجوز استجار الدواب للركوب والحمل لانه مشتعة معلومة

معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه
احدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مراد من الاصل والملبس يتفاوتون في الركوب

فصر على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للملبس واطلق فيما ذكرنا لا اطلاق المنظ

وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبا غيره
او البسة غيره فخطبت كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب والملبس فصم التعيين وليس له

ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل ما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف

المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت

والبعض بعيدة اولان البعض يضر بالارض كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ فماله يبين

شيئا من ذلك لا يصير المعتقد عليه معلوما واعلام المعتقد عليه شرط جواز الاجارة *

قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء قال ابو نصر رحمه الله هذا الذي ذكره

انما اراد به اذا وقع العقد على ان يركب من شاء لانه لو اطلق للركوب من غير ان يقول على

ان يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان قال على ان يركب من

شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه رضي به وكذا اذا استاجر ثوبا للملبس يعني قال (له)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا **قال** وان سمي نوعا وقد رام معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسوسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التباين او كونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كما ملح لانعدام الرضاء به وان استاجرها ليحمل عليها نظما سماه فليس له ان يحمل عليها مش وزنه حديد الا انه ربما يكون اصم بالدابة وان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والتطن ينسبط على ظهره *

له البس من شئت ويحتدل انه اراد بقوله ان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء انه يسدي الركوب ولم يعين الراكب ولم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة فاسدة الا انه اذا لم ينقض الاجارة حتى اركب رجلا او ركب موارث مع العساد وتعين المراء من الاصل و صار كانه نص على ركوبه ابتداء وكذا اذا استاجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس ولم يقل على ان يلبسه من شاء ثم ليس هو ان يلبسه غيره *

قوله والذي يضر بالبناء خارج كالتصارة والحدادة لا يتبادر مطلق السكنى **قوله** على ما ذكرناه اشارة الى قوله الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا ححانا **قوله** وان سمي نوعا وقد رام معلوما يحمله على الدابة مثل ان تقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر كما اذا استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة اخرى او ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره

قوله او اقل كالشعير والسوسم بان استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعيرا وسوسم لان مثل كيل حنطة من الشعير يكون اخف على الدابة حتى قيل لو سمي مقدار من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يصمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذ الحنطة فهو كما استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها قطنا وتبنا واما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها اكثر مما يأخذ الحنطة وفي الذخيرة وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله * (قوله)

قال وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعثرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالغروسية ولان الآدمي غير مؤزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات وان استأجرها ليحمل عليها مقدار من الحنطة فحمل عليها ~~كثيرة~~ منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مازون فيه وما هو غير مازون فيه والسبب الثقل

قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا آخر ضمن نصف قيمتها بتولد اردف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة يطبق حملها لان ثقل الراكب مع الذي حملاه على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة اما اذا كانت لا تطبق فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بقوله ~~ولا~~ لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو ~~مسئول~~ في المتأويل بقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كما لا يستبعد المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره او لا يردف ثم المالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الرديف فان ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجرا كان او مستعيرا وان ضمن الرديف رجوع هو على المستأجر ان كان ذلك الرديف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي ان لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينفي الاجر عنه عند وجوب الضمان لانه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر بمقابلة ذلك ليسقط **قوله** ولا معتبر بالثقل التل بوزن الكبر خلاف الخفة والثقل الحمل **قوله** كعدد الجناة في الجنائيات حتى اذا جرح رجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما انصافا لانه ربما يكون جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكرنا من عدد (١)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

فانقسم عليها الا اذا كان حملا لا يطبقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم
الاذن فيها اصل النحر وجه من العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها بعتبت ضمن عند
ابي حنيفة رحمه الله ولا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت
مطلق العقد فكان جاصلا باذنه فلا يضمنه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط
السلامة اذ يتحقق السرقة بدونه وهذا للمباغة فيقيد بوصف السلامة كالمروري في الطريق
وان استأجره الى الحيرة فجاوزه الى ابي التارسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
الراكب وان استأجره الحمل عليها مقدار من الحطة تحمل عليها اكثر منه بعتبت ضمن
ما زاد النخل وهذا بخلاف ما اذا استأجر نور الطحن بد عشرة مخاتيم بحنة فطحن احد عشر
مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم
انتهى اذن المالك تبعه ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها
بغير اذن المالك فيضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جدلة واحدة فهو في البعض
مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الصمان على ذلك *

قوله فانقسم عليهما مثل ان يستأجر دابة يحمل عليها مائة من الحطة فحمل مائة وعشرة يقسم
على احد عشر جزأ فيضمن جزأ **قوله** وان كبح الدابة بلجامها اي ردها وهو ان يجذبها الى نفسه
لتقف ولا تجري **قوله** لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف صرفا كالمشروط
شرطا لورب الانقاد الدابة الا انه فيكون الاذن ثابتا منه بالعرف **قوله** كالمروري في الطريق وجه الاحتاق به
من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للمفاعل لا لغيره وذلك لانه ان ابيهم له المضرب ههنا انما ابيهم
لمنفعة نفسه لا حق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله بتقيد بشرط السلامة
كالمرومي الى الصيد بخلاف ما اذا اذن المالك فيه نصا فان بعد الاذن فعلة كفعل المالك وهذا
اذا ضرب به ضربا يضرب مثله اما اذا لم يكن بهذه المثل فيضمن بالاجماع لانه غير داخل تحت
العقد لانصا ولا عرفا الحيرة بالكسر مدبنة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل
من الكوفة والنفادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب * (قوله)

وكذلك العارية قبل تأويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لاجائبا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد نائب المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائبا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجري على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ بمقصود ابقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية بصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انتفع الاستعمال لم يبق هو نائباً ولا يبرأ بالعود وهذا اصح *

قال ومن اكثرى حمارا بسرج فترع ذلك السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناولا اذن المالك

قوله وكذلك العارية يعني اذا استأجر ذاهبا الى موضع معلوم وجاوز عنها ثم عاد اليها ثم هلك **قوله** وقيل الجواب مجري على الاطلاق وهو انه يضمن في كل حال **قوله** وفي الاجارة والاعارة يسر الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال يريد به ان المالك ما امر المستأجر والمستعير بالحفظ قصد انصاوانا امرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصبا للذابة ودخلت في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد فان قيل لا كذلك فان غاصب الغاصب اذا ارد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى احد هذين قلنا ترد في الماخذا وعلى من يؤخذ منه فبسبب الضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد الظهيرية وقد طعن عيسى رحمه الله فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل انه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المستعير وبدليل ان مؤنة الرد على المالك في الاجارة دون العارية ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة في النقل فاما يد المستأجر يد نفسه كذا في المبسوط * (قوله)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

اذلا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسر ج بمثله الأحمر ضمن لانه لم يتاواه الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه با كاف لا يوكف بمثله الأحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى وان اوكفه با كاف يوكف بمثله الأحمر ضمن عند أبي حنيفة ر ج وقال لا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الأحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يبي حنيفة ر ج ان الاكاف ليس من جنس السرج

قوله اذلا فائدة في التقييد بغيره وهو الذي اكثرى به ونزعه لان الذي اسرجه به مثل الذي اكثرى به وهو نظير ما لو استأجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** وان كان لا يسر ج بمثله الأحمر بان اسر ج المحمار بسرج البردون ضمن اي جميع القيمة **قوله** وهذا أولى لانه لما ضمن بالسرج الآخر مع انه من جنسه فالضمان بالا كاف مع انه من خلاف جنسه أولى وان اوكفه با كاف يوكف بمثله الأحمر ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف ومحمد ر ج ومن مشائخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة ر ج لانه لم يذكر في الجاهع الصغير انه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين اي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر ومنهم من قال من أبي حنيفة ر ج روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زادة وهو الأصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ر ج يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة ر ج منهم من قدر ذلك بالمساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه في النقل والخفة حتى لو كان ثقل الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته فان قيل التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والا كاف لان السرج جنس واحد اما الاكاف فمخالف (للسرج)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا يخطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهم اقل معناه القرطق الذي هو ذوطاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجري على اطلاقه لانهم يبتقاران في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه بضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه ويستقع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لتصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما بينه في باب ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد مر القباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يضمن للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب عست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخبر كذا هذا *

قوله لانه غاصب للارض على ما قررناه اشارة الى قوله لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة الى آخره فلا يكون مستوفيا ما ينال له العقد فان قيل لا كذلك فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوفى ذلك بزراعة الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحق عليه فينبغي ان يجب الاجر عليه قلنا ضرر الحنطة على الارض اقل من ضرر الرطبة فالحنطة يزرع في كل سنة والرطبة لا يزرع في كل سنة ولكنها تنمو في كل سنة الى ان يبلى اصلها فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيا للمعقود عليه ثم لا بد من الجواب نقصان الارض عليه والاجر مع الضمان لا يجتمع وان زرع في الارض ما هو اقل ضررا من الحنطة يلزمه الاجر المسمى لانه خلاف الى خير فلم يصربه غاصبا **قوله** قيل معناه القرطق الذي ذوطاق واحد القرطق قباء و هو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص **قوله** وقيل هو مجري على اطلاقه لانه اطلق في الكتاب فدل ذلك على ان الحكم في الكل واحد لانهم يبتقاران في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد واستراة العورة ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص **قوله** للاتحاد في اصل المنفعة وهو اللبس والستر والله اعلم بالصواب * (باب)

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلة الا ترى انه فقد يقال ويفسخ والواحد
في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما بالغاما بالغ
اعتبار بيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في
الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مندر في
الفاسد فقد اسقطا الزيادة وانقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان
العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صححت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا
كل شهر بدرهم والعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمى جملة الشهور معلومة

باب الاجارة الفاسدة

اجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع مثل ان يستاجر رحي ماء على انه ان
انتقطع الماء فالاجر عليه لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب
الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد
لان الاجارة يثبت على المصانة والمما كسفة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا
للمنازعة الا ترى ان الكاح لما بني على المساهمة والمساهلة لا يفسد بالشرط **قوله** لا يجاوز به
المسمى اي الواجب الاقل من اجر المثل ومن المسمى وهذا اذا كان فساد الاجارة بسبب
شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية اما اذا كان باعتبار واحد منهما
يجب الاجر بالغاما بالغ كما اذا استاجر دارا على دابة او ثوب او اجر منه دار يسكنها
بعتريه على ان يعمرها ويؤدي نوائبها فان لم يجب اجر المثل بالغاما بالغ **قوله** فلنا ان
المنافع غير متقومة بنفسها لان النجوم يستدعي سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز وانما
صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفي بتلك الضرورة (في)

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمي جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة * .

قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموخر ان يخرج به الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو التباس وقد مال اليه بعض المشائخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في اللبلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض المخرج وان استاجر دارسة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهو واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء

في الصحيح منها الا ان الفاسدة تبع للصحيح فلا يفرده حكم ولا يتال لما كان تقوم المنافع بالعقد فاذا فسد العقد ينبغي ان لا يجب شيء لان الاجارة الفاسدة ملحقة بالاجارة الصحيحة لكونها تبعها والبيع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسدة مشروع باصله دون وصفه وفي تميزه من الصحيح حرج فالحقنة به فاذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر في الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو اجر المثل وهذا بيان ان المعتبر في الفاسد اجر المثل وقوله ولكنهما اذا اتفقا ببيان انه لا يزداد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شيء فقد استقطا الزيادة فلا سقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاءه بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها *

قوله لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد دلالة لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها فتعين الادنى *

(قوله)

فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان اللبالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهورة
السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة ر
وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد ر وهو رواية عن ابي يوسف ر الاول بالايام والباقي
بالاهلة لان الايام بصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام
ابتداء الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدم في الطلاق *
قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لا جماع
المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روى انه عم
احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا *
قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب النيس وهوان يجوز فحلا لينزوا على اناث لقوله عليه السلام

ثم قال يمين بان حاف لا يكلم فلا تأشهر انه من يوم حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر
ان يصوم شهر لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان
الليل لا يصلح لذلك **قوله** لانها هي الاصل اي لان الاهلة اصل في الشهر وقال الله تعالى
يسألونك عن الاهلة قل هي موافقت للناس والايام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام
صوموا لرؤيته وفطروا لرؤيته فان غم اليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وانما يضار
الى البديل اذا تعذر اعتبار الاصل **قوله** ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام وقد كره بعض
العلماء ذلك اخذ بظاهر قوله عليه السلام الحمام بيت الشيطان ومنهم من كره اخذ حمام النساء
لانهم نهين عن الخروج وامرنا بالقرار في البيوت واجتماعهن فلما يخلو عن فتنة والصحيح
انه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه خصوصا في ديارنا الحاجة في
حقهن اظهر لمزيد احتياجهن الى الاغتسال ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحبائض كما يتمكن
الرجال **قوله** واعطى الحجام الاجر ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل اكل الحرام
لا يحل دفعه لغيره لياكل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ بما رونا * (قوله)

ن من سحب عصب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه **قال** ولا الاستيجار على الاذان
والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم
لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي ر ح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير
لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام افروا القرآن
ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت
مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجر اولان القرية متى حصلت وفعت عن العامل ولهذا
تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر
المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح *

قوله ان من اسحت عصب التيس اي كراء عصب التيس فانه اخذ المال بمقابلة ماء
مهيمن لاقبته له والعقد عليه باطل لانه يلزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس
في وسعه وهو يمتني على نشاط الفحل ايضا **قوله** والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم اي
يختص بملة الاسلام اما اذا لم يختص بها فيجوز كما اذا استأجر من ميا على تعليم التوراة يجوز
لان تعليمها لا يختص بملة الاسلام كذا في التوائد الكرمانى وقوله ولان التعليم مما لا يقدر
المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح والقياس
يا بى جواز الاستيجار على تعليم التوراة ايضا الا ان يكون المراد منه انه اذا استأجر على تعليم
التوراة وعلمها المستأجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر وان علمه
قوله في كل ما لا يتعين على الاجير هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم
لانه حينئذ لا يجوز استيجاره بالاجماع **قوله** ولهذا يعتبر اهليته اي اهلية العامل ويعتبر نيته
لانية الامر ولو انتقل فعل المأمور الى الامر بشرط نية الامر واهليته كما في الزكاة فان ثمة
بشرط نية الامر واهليته حتى لو كان المأمور كافرا يصح اداء الزكاة لان المؤدى هو الامر
وهنا بخلافه فعلم به ان المؤدى هو المأمور *

(قوله)

وبعض مشائخنا استحسنا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية
ففي الامتناع بضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا
سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالمقد **قال** ولا يجوز اجارة المشاع
عند ابي حنيفة رح الامن الشريك، وقال اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا
من دارة او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب
اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهابي فصار كما اذا اجر من شريكه او من
رجلين و صار كالبيع ولا يبي حنيفة رح انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز *

قوله وبعض مشائخنا استحسنا الاستيجار على تعليم القرآن وهم ائمة بلخ فانهم اختاروا
قول اهل المدينة وقالوا ان المتقدمين من اصحابنا ينو هذا الجواب على ما شاهدوا في
هم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان
... ما في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعا فنقول بجواز الاستيجار كيلا يتعطل هذا
الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الاترى ان النساء كن يخرجن الى
الجماعات في زمن رسول الله صلعم وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن من ذلك عمر
رضي الله عنه وكان ما رآه صوابا وكذا يفتي بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام خيرا خزي
في زماننا يجوز للامام والمودن والمعلم اخذ الاجرة كذا في الروضة **قوله** والمعصية
لا يستحق بالعتد لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق
على المرء شيء يكون به عاصيا شرعا كيلا يصير المعصية مضافة الى الشرع **قوله** ولا يجوز
اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح اي فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل صورته ان يواجر
نصيبا من دارة او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك او يواجر نصف عبدة او دارة او دابته
قوله وقال اجارة المشاع جائزة وفي المغنى الفتوى في اجارة المشاع على قولهما **قوله**
ولهذا يجب اجر المثل اي عند ابي حنيفة رح في المشاع فهذا دليل على ان للمشاع
منفعة اذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شيء كما اذا استاجر حشاشا وارضا نسخة * (قوله) ..

كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة

وهذا الان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكّن ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكّن فيه واما النهائي فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد بعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكّل يحدث على ملكه فلا شيوع والا خلافا في النسبة لا بضرة *

قوله وهذا الان تسليم المشاع وحده لا يتصور لان التسليم انما يتم بالقبض والقبض امر حسي وهو لا يرد الا على المعين والمشاع غير معين **قوله** والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا جواب عن قولهما والتسليم ممكن بالتخلية وهوان التخلية اعتبرت تسليما اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل بها التمكن والتسليم لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكّن ثمه من البيع والاعتاق وغير ذلك **قوله** واما النهائي فانما يستحق حكما للعقد لان النهائي انما يستحق حكما لملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدورا للتسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وحكم الشيء بعقبه او بقارنه فلا يصلح شرط جواز العقد لئلا يتقلب الحكم شرطا وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصح ابداء **قوله** واما اذا آجر من شريكه فالكّل يحدث على ملكه فلا شيوع لان المقصود من الاستيجار الانتفاع والمنفعة هي المعقود عليها واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى ههنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفيا لمنفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة والا خلافا في النسبة لا بضرة وهو نظير بيع الآبق ممن في يده يجوز ان يكون التسليم مقدورا عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء *

(قوله)

على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولا ين التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وافرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خذ منها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبي في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخذ منه نابعة وهذا الوار ضعفه بلبن شاة لا يستحق الاجر *

قوله على انه لا يصح في رواية الحسن عنه فجعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي بناولها العقد لا يأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر من وجب المقر اض من منفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما بناوله العقد ممتنع **قوله** وبخلاف الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احد المستأجرين او آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموارجرين فانه تبقى الاجارة في نصيب الآخر شاعوا وهذا هو ظاهر الرواية فان مات احد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فعن ابي حنيفة رح انه يفسد العقد في حق الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع يقترب بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فيمنع دلالة في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وبخلاف ما اذا آجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما اوجبه العقد مقدور عليه للموارجرين ثم المهاباة بعد ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب اجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا آبقا بالف درهم فان العقد ينعقد على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد **قوله** ويجوز استيجار (١)

والاول اقرب الى الفقه لان عقدا الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنين العذر من الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح ان كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقال لا يجوز لان الاحرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تقضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تقضي الى المنازعة وفي التامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعا فهو جائز بالا جماع ومعني تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذه لاجهالة فيه ولو سمي الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثنان وبشروط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلا فلهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم *

الثمرا جرة معلومة لتوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والمراد بعد الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية كما ترى *

قوله والاول اقرب الى الفقه وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الائمة السرخسي **قوله** فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ اي بطعامها وكسوتها **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثنان يعني ان المكبل والموزون اذا كان موصوفا غير مشاربث دينا في الذمة والدين تارة يصير مؤجلا وتارة معجلا كالدرهم والدنانير بخلاف الثوب فانه لا يثبت دينا في الذمة الا في السلم ويشترط بيان الاجل في السلم فكذا اذا استأجرها بثياب موصوفة *

(قوله)

قال وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطئ حق الزوج فلا يمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانه لحقه الا ان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم التمسك اذا مرضت ايضا وعليها ان تصالح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن اما الطعام فعلى والد المولود وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل *

قال الى حائك غز لا ينسج بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عبدا بغير ثمنه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى فقير الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو ان يستأجر ثور يطحن له حنطة بفقير من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسباب في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير

قوله لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو اجر بلبن الطئر في المدة لا يستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل لا العين كذا في الاوضح واذا دفعت الطئر للصبي الى خاد منها حتى ارضعته فلها الاجر كاملا استحسانا لانها لم يشترط عليها بشئ فهو نظير من استأجر قصارا ليقصر له ثوبا او خياط لخط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل غيره فانه يستحق الاجر كذا هنا بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسها *

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

فلا يعد هو قادر ابقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء بحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترك في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغام بالغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط ومن استأجر رجلا ليخزله هذه العشرة للمخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عبدا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة ولما ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت بوجوب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل بوجوب كونه معقودا عليه فلا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجر في الاول فيفضي الى المأزعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم **قوله** فلا يعد هو قادر ابقدره غيره ومعنى آخر وهو ان الاجرا ما ان يلزمه في الذمة او في عين موجود وهو ما التزمه في الذمة وديق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد ولان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء وانتهاء لا ينعقد الاجارة ولا يجب الاجرا جماعا كما اذا استأجره ليطحن حنطة مشتركة او يحمل طعاما مشتركا بينهما وهنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينعقد بوصف الفساد عملا بالشبهين **قوله** ولا يجاوز بالاجر قفيزا اي فيما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وفيما هو في معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالاجر المسمى المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه **قوله** وله ان المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود عليه يفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذا الوقت يخص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار (المعقود)

وقد مر مثله في الطلاق **قال** ومن استأجر ارصاعا على ان يكر بها ويزرعها ويسقيها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا ينأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفة يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد *

المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس واغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين احد هما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ بمقصود المستأجر العمل لان نفعه فيه ومقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهها للمعقود عليه يمنع جواز العقد لان قضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر ان يقول ما فعتك في بقية المدة حتي باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فلا جبران بقول عند مضي اليوم قد انتهت في العقد بانتهاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في اجير ان يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل اذ اذكرهما قبل ذكر الاجرة اما اذا ذكر الاجر مع العقد حتى تم العقد ثم ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد حتى لو قال استأجرتك اليوم بدرهم على ان تخبز لي هذا القفيز من الدقيق جاز والعقد اما لو قال استأجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم او قال استأجرتك اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد هنا يفسد وانما كان كذلك لان في الوجه الاول لما تم العقد بذكر احد الشئين اما المدة واما العمل مضموم الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل او للتعجيل فلم يفسد العقد واما في الوجه الثاني فلانه لم يجمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الاجرة صلح كل واحد منهما مقابل الاجر وليس احدهما باولي من الاخر وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للطرف والطرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة فلا يصلح المنفعة معقودا عليها حينئذ فيصير العمل هو المعقود عليه *

قوله وقد مر مثله في الطلاق اي في فصل اضافته الطلاق الى الزمان في مسئلة انت طالق

(قوله)

في غد وقال نويت آخر النهار *

فان شرط ان يشيها او يكرى انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صنفان في صفة واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردّها مكروبة ولا شبهة في فسادها وقيل ان يكرى بها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الربيع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا يبتنى منفعته وليس المراد بكرى الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل وان استجرها ليزرعها بزيادة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب لانه ان المنافع بمنزلة الاعيان جتى جازت الاجارة باجردين ولا يصير ديناً بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عند انفصال كبيع القوهى بالتوهى نسيئته والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة

قوله وهذا في موضع يخرج الارض الربيع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قيد بهذين القيدين لانه لو كانت الارض في بلدة نحتاج الى تكرار الكراب لتخرج الربيع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد **قوله** بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح احتراز عن قول من قال بان المراد منها الجداول **قوله** لانه يبقى منفعته في العام القابل هذا دليل الفساد في شرط كرى الانهار العظام **قوله** فلا خير فيه اي لا يجوز اصلا **قوله** الى هذا اشار محمد رح روى ان ابن سماعة كتب الى محمد لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فقال محمد انك اطلت الفكرة ولم تكن الحيرة وجالست الحنائي وكانت منك زلة ما علمت ان مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم عليها فقال محمد لابن سماعة (كانت)

ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة **قال** واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه وحمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا جبر له وقال الشافعي رحمه الله المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائع جائز فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبد امشركا ليخطط له الثياب ولنا انه استأجره لعمل الوجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المتأفك ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع * كانت مجالستك اياه زلة يقال ثوب قوهي منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس والمعنى فيه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس ... سعي بجنسه نسيمه والجنس بانقراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس من النساء في الجنس المختلف ليس بحرام كما لو اسلم قوهيا في مروي فان قيل انما حرم بيع الشيء بجنسه نسيمه عندكم باعتبار ان التقدير من النسيمه وهما لا فضل لاحدهما على الآخر والقبض في البدلين على نمط واحد فلنا نعم الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع بالعلة فاما في الاصل اما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلة في المنصوص والحرمه فيما اذا لم يكن يدايد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى *

قوله ولا حاجة عند اتحاد الجنس يعني انا انما جوزنا الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة اليها والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام باطل فلنا الذي لم يصحبه الباء هو المعقود عليه واقيم المحل مقام المنفعة وهو معين فيصير الاجر بمنزلة الشئ فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عينا بدين وذلك جائز **قوله** فيكون عاملا (فلا)

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او ي شي يزرعها فلا جارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي التيسر لا يخوز وهو قول زفرح لاندوتع فاسدا فلا يتقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فيقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حال العقد وصار كذا اذا سقط الاجل للمجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس ففق في بعض الطريق فلا ضمان عليه

فلا يتحقق التسليم لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عدله الى الغير ويدبر التسليم لا يجب الاجر غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه او الى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تملك المانع المعدومة ولا ندلوكن عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب فلا يجب بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى *

قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فيقلب جائزا فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لانه ان زرعها جائز ان يكون ما زرعها مضر بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر ولا ينفرد احدهما بالتعيين ثم الاستعمال تعيين احدهما فلا يصح ذلك فلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان يصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء احد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع **قوله** وصار كما اذا اسقط الاجل للمجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة جعل هاتين المستلتين مقيسا عليهما وزفرح لا يقول بالانقلاب الى الجواز (فيهما)

لان العين المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله
 الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصا قبل ان يحمل عليه
 وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد *

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة
 حتي يعمل كالصباغ والقصار

فيهما لانه لما اقيمت الحججة وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد فبعد اسقاطه صار ثابتا بمنزلة المجمع
 عليهما ويحتمل ان يكون هذا من قبيل رد المختلف الى المختلف لزيادة الايضاح ومثله كثير *
قولنا لان المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة والامانة لا تضمن
 الا بالنعدي واما يحمل عليه التام ليس من التعدي **قوله** فان بلغ بغداد فله الاجر
 المسمى استحسانا على ما ذكرنا اي في المسئلة الاولى وهو قوله وجه الاستحسان ان الجهالة
 ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا وفي القياس يجب اجر المثل لان المنافع قد استوفت
 باجارة فاسدة والحكم فيها ما ذكرنا *

باب ضمان الاجير

الاجير المشترك من يكون عقده وارادا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه
 في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة كالقصار والصباغ
 والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افترق الاجير المشترك مع الخاص
 في ان الاجير المشترك لا يمنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول
 من العمل في الاجير المشترك بمنزلة الدين في ذمته وذلك لا يصلح مانعا مثله من غيره
 والاجير الخاص من يكون العقد وارادا على منفعة ولا يصير منفعة معلومة الا بذكر المدة (او)

كتاب الاجارات باب ضمان الاجير

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل واثره كان له ان يعمل للمعاملة لان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا **قال** والملاءمة امانة في يده فان ملك لم يضمن
شيئا عند ابي حنيفة روح وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب
والعدو المكابر لهما ما روي عن عمرو وعلي رضي الله عنهما انهما كانا بضمان الاجير
المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا ملك بسبب يمكن
الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التصدير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت
باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت خفي انتهى والحريق الغالب وغيره لانه
لا تصير من جهته ولا بي حنيفة روح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا
لو ملك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ
مستحق عليه تبعا لمتصور اولهذالا يتأمله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ
مستحق عليه متصورا حتى يتأمله الاجر **قال** وما تلف بعلمه كتحريق الثوب من دقه
وزراق الحدال وانقطاع الحبل الذي يشده المكارى الحمل وضرق السفينة من
مدة مضون عليه وقال زفر والشافعي روح لاضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه
بنوعه المعيب والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار ولان الدخول تحت
لاذن ما هو الدخول تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر

او المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لم يتمكن من ايجابها لغيره
وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينيا في الذمة لا يتعذر عليه قبول السلم
من غيره والبيع لما كان يلائم العين فبعد ما باعه من انسان لا يتمكن من بيعه لغيره *

قوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل يعني اذا شرط ان يعمل هو بنفسه وقوله واثره اذا لم
يشترط ان يعمل هو بنفسه **قوله** ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به يريد به ان
المعقود عليه الحفظ ايضا وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق (با)

(كتاب الاجارات .. باب ضمان الاجير)

وهو المعتقد عايد حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما نونا فيه بخلاف المعين لانه مشرع فلا يمكن تقييده بالمصالح لانه يستمع عن التبرع وفيما نحن فيه يعدل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الواحد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانتظار الحمل من ثلثة اهتمامه بكان من صنيعة *

بالعقد حفظا سليما عن عيب بسبب الهلاك الذي لا يقع الا لتقصيره في الحفظ ولو بالغ لاندفع فان اهلك بجهته يمكن الاحتراز عنها كما انصب والسرقه صار بالتصوير تارك ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعه اذا كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاد التخرق كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه ولا يتوصل الى المستحق الا بديكون مستحقا الا ان ما لا يمكن التبرع عنه يكون عنوانا كالموت حتف ائنه والتخرق الغالب او غير هذا لان الحفظ عنه غير واجب من ان اعدم الجاهل بالتصوير منه وان العين امانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعة وهي اقامة العمل فيد له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجبر الواحد وهذا ان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما التعدي فلا يثبت قبض باذن المالك واما العقد فلا يثبت على العمل الا على العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بسا لا يمكن التخرع عنه لا يضمن ولو كان مضمونا ضمنه كالمغصوب واما الحفظ فغير معتقد عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يتقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل قلب الحقيقة فلا يصار عليه الا عن ضرورة كما في الحبس اذ لا يتدر على حبس اثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه متصوفا اذا اعتقد عقد حفظ والاجر في مقابلة الحفظ وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن التصار والصباغ وغير ذلك فكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض *

قوله وهو المعتقد عليه حقيقة اي الاثر **قوله** فلم يكن ما نونا فيه اي في المعيب لانه ليس بوسيلة الى الاثر *

(قوله)

قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحملة العاقلة **قال** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمّله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجرة بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعار او بانقطاع الحمل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابداء تعديا وانما صار تعديا عند انكسره فيمضي الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا **قال** واذا افسد القصار او بزغ المزراع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطا بزغ دابة بدائق فنفتت وحجم حجم عبدا بامر مولاه فمات لا ضمان عليه **قوله** الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة قيل انما هو ان كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمناع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف رح في الوضع كذا ذكره التمر تاشي رح ولا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدى **قوله** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات انما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان يباع هناك واعلم ان الحمل اجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف في يده بغير فعله بان زحمه الناس فتي وجوب الضمان عليه خلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبه كما في ضمان الاجير المشترك وان تلف بفعله بان يعثر فانكسر المناع فهو ضامن عندنا خلافا للزفر فان التلق حصل بمنايعة يده ثم عندنا لصاحب المناع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط واعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا اجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه فلا يشك وكذا ان كان لا يمشي معه يصير مسلما (با).

(كتاب الاجارات باب ضمان الاجير)

وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يمتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقيد بالمصلحة من العمل ولا كذلك رقة الثوب ونحوه مما قد مناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاحتياط فامكن القول بالتقيد *

قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل

باتصاله بملكه ولم يوجد تسليم المعقود عليه بكماله ثبت الخيار لهذا فان قيل كان ينبغي ان لا يخبر عند ابى حنيفة ربح على هذا الوجه واكن يضمه قيمته في المكان الذي انكسر لان المذهب عنده ان المال امانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان امانة وقت القبض وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حملة منه قلناه في ذلك المضان وجهان احدهما ان هذا ليس كذلك على الاطلاق ولكن النقص يقع على وصف المنة عنده ان هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وان سلم ظهر انه كان امانة وهما ملك برئ من المنة ان كان مضمونا عليه فجاز ان يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا والوجه الثاني هو انه وجد سبب الضمان في مكان الحمل منه لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذي وقع كسر او فساد الا ان الاضرار الحاصل من عمله استند اليه حالة العقد لان الفساد بعمله انما اوجب الضمان باعتبار العقد لانه لو اعتد الاجارة لكان الاجير معينا في الحمل ولا ضمان على المعين فيما اعان ولما كان كذلك كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث

الاعتبار والحكم بحال به على السبب فلهذا كان له ان يضمه قيمته في المكان الذي حملة منه *

قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فنصار مناطق به رواية المختصر بيان لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيان لما سكت منه رواية المختصر فيستند الروايتين اشتراط عدم

التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان **قوله** والاجير الخاص الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اي سلم نفسه (و)

كمن استوجر شهرا بالمخادمة او لرعي الغنم وانما سمي اجيرا وحده لانه لا يمكنه ان يعمل
 لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقه له والاجر مقابل للمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا
 وان نُقض العمل **قال** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من
 عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان
 تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عند هذا لصيانة اموال الناس والاجير الواحد
 لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى
 صارت مملوكة للمدستأجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح و يصير نائباً عنه فصار فعله
 مقترلا اليه كانه فعل بنفسه ولهذا لا يضمنه والله اعلم بالصواب *

ولم يعمل مع التمكن اما اذا امتنع من العمل ومضت المدة او لم يتمكن من العمل ومضت
 المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس *

قوله كمن استوجر شهرا بالمخادمة او لرعي الغنم واعلم انه اذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم
 شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترع غنم غيري فحينئذ يصير اجيرا وحده وان
 ذكر المدة او الا بان استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحده الا ان يقول وترعى
 غنم غيري **قوله** ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نُقض العمل اي ولانه يستحق الاجر بتسليم
 نفسه في المدة وان لم يعمل ويستحق الاجر وان نُقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه
 لا يستحق الاجر اذا نُقض عمله قبل ان يقبض رب الثوب لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب
 فانه روي عن محمد ر ج في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض
 رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على
 ان يعيد العمل لانه لو اجبر انما يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى
 بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق
 الثوب فقد نُقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتته اجنبي لان بنق الاجنبي
 لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص (فيما)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيافدرهم وان خطته روميا فدرهمين جاز واي عمل من هذين العاملين عمل استحق الاجرة وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فدرهم وان صبغته بزعفران فدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة

فبما تلف في يده او سرق منه او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدر في عمله او تخرق الثوب من دفعه هذا اذ لم يتعد الفساد لانه بائع منفعة والمنفعة سليمة وانما الخرق في العمل فان لم يتعد الفساد لم يتعد البيع تسليم للمنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعدد الفساد بين شيئين كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجبر التصار وسائر الصناعات اذا استوجروا لم يضمنوا لمن استأجرهم الا بما تعدوا فيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ اجبر وحدث ولا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه اجبر خاص كذا في الايضاح *

باب الاجارة على احد الشرطين

قوله وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى بغداد او الى واسط بكذا وكذا هذا في انواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعته بغبر كراب فلك ربع الخارج وان زرعته بكرا ب فلك ثلثه وان زرعته بكرا بين فلك نصفه واي ذلك عمل فله شرطه كذا ذكره الامام التمر تاشي رح والمعتبر في جميع ذلك البيع فانه اذا اشترى ثوبين على ان يأخذ ايها شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيره بين ثلاثة اثواب ولا يجوز في الاربعة فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والوسط والردي ولا حاجة الى الاربعة لان دفعها بمادونها * (قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجار انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المفقود عليه معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المداخلة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطئه اليوم فبدرهم وان خطئه غداً فنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً فله اجر مثله عند ابي حنيفة راح الاجار وزيه نصف درهم في الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم قال ابو يوسف ومحمد راح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بدقاً بلنه بدلان على البديل فيكون مجهولاً وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتأخير وذكر الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود ان يزل منزلة اختلاف النوعين ولا يبي حنيفة راح ان ذكر الغد للتعليل حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأخير لان فيه فساد العقد لا جماع الوقت والعمل

قوله غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع يعني انما يفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدین لم يصح الا بشرط الخيار اي خيار التعيين وجوزوا عقد الاجارة في احد المنقذين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا يجب بالعقد وانما يجب بالعمل فاذا اخذ باحد العاملين صار معلوماً **قوله** وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيانه لو افرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا لتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجرة وكذا لو افرد العقد على الغد بان قال خط غداً فنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع في كل يوم تسميتان على سبيل البديل فيجب احدهما وهي مجهولة فيفسد ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليل لان الغد كما يذكر للترفيه يذكر للاضافة والتعليل بل للاضافة حقيقة والترفيه مجاز والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام الدليل على (ارادة)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني . ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

ارادة الحقيقة هنا فانه لو اريد بذكر الغد الترفية يفسد العقد في اليوم لاجتماع تسميتين فيه كما قاله زفر ررح وكذا الولم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد في الغد لاجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التوقيت والغد على التعليق امالا للحقيقة وتحري الجواز العقدين ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعجال في قوله اخبر هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم لان حمله على الاستعجال ثم تحريا الجواز ايضا فانه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد لانه حينئذ يصير المعقود عليه احد الامرين اما تسليم النفس باعتبار الرقت او العمل بذكر العمل ولان التعجيل والتاخير مقصودان مختلفان فنزل منزلة اختلاف نوعي العمل ولا يبي حنيقة ررح الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته وهو التوقيت لقيام الدليل على ان الغد لا يثبت عليه . مله على التوقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التعجيل لا يقال ان ابا حنيفة ررح ينبغي له ان يجعل ذكر اليوم للتوقيت هنا وان كان فيه فساد العقد كما في قوله اخبر هذه العشرة المخاتيم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتوقيت حتى قال بفساده لانا نقول ذكر اليوم هنا للتعجيل بقربة وهي ان مقصودة العمل بدليل التزام الاجر بمقابلة العمل في الغد ولم يوجد تلك القرينة في تلك المسئلة ولان زيادة الاجر بسبب التعجيل والنقصان بسبب التاخير بيان عنه ان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت اذ لو كان للتوقيت لما زاد الاجر للتعجيل ولو كان ذكر الغد للترفية لما نقص عن الاجر فيه فصار ذكر الغد للاضافة واليوم للتعجيل والمضاف الى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان والمضاف الى اليوم بقي الى الغد فيجتمع فيه تسميتان وما قاله انه حمل اليوم على التوقيت هنا ليصح الاجارة في الغد فاجاب ابو حنيفة ررح انه مني حمل على التوقيت يفسد في اليوم لانه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولا وجواز العقد انما يثبت بدلالة الحال اذ لم يكن (المفسد)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تعتمد في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز و اي الامر بين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالوا الاجارة فاسدة وكذا اذا استأجر بيتا على انه ان اسكن فيه عطارا فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحبرة بدرهم وان جاوز بها الى التاسعة فبدرهمين

المفسد منصوصا وان ثبت مع ذكر العبد منصوص عليه وهو مفسد ولا اعتبار بالدلالة مع النص المفسد وفي حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذكر اليوم الموحب للتسديد تقريظة زائدة على ما مر *

قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وهذا يدل على انه قد يزداد على نصف درهم وروى عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحهما الله انه لا يزداد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم فحصل عن ابي حنيفة رح روايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزداد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان اعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فيعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا اولى من الترجيح بالمصرح فان خاطه في اليوم الثالث فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح لانه اذا لم يرض بتأخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كرشعير
فبنصف درهم وان حمل عليها كرحضة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقال
لابن جوزه قولهما ان المعتود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشين وهو مجهول والجهالة
توجب العسار بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع
الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخيلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف
هو الاصل عندهما ولا يبي حنيفة رح انه خيرة بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما
في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه
لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد الانتفاع وعنده ترتفع
الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للثيقين به *

قوله فهو جائز ويحتمل الخلاف ذكر محمد رح هذه المسئلة ولم يحك فيها خلاف
فاحتمل الكل واحتمل ان يكون هذا قول ابي حنيفة رح خاصة كما في
نظائرهما من المسائل **قوله** وهذا الحرف هو الاصل عندهما اي الاصل عندهما ان الاجر
منه وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم ايها يجب يفسد العقد **قوله**
ولا يبي حنيفة رح انه خيرة بين عقدين صحيحين مختلفين فوجب القول بصحته كما في
الفارسية والرومية وهذا لان السكنى وعمل الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد
صحيح فكذا عند الجمع **قوله** والاجارة تعقد الانتفاع وعنده ترتفع الجهالة جواب عن قولهما
يجب الاجر بالتخيلية والتسليم فيبقى الجهالة وهوان الغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة
للحاجة فالظاهر ان لا يخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع
ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع
واحتيج الى ايجاب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العاملين اذا الفضل لا يجب
بالشك وقيل يجب الاقل ويتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا يمكن الجهالة (بكل)

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبد ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحدود والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى عبء داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهر او اعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما صار على اعتبار هلاك العبد والنافع مازون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم يبدل معلوم وصم اليه الزيادة بزيادة في البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفصل يتعلق باعتبار الفضل في المعتود عليه والله اعلم بالصواب *

باب اجارة العبد

قوله ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استأجر غلاما ليخدمه في المصر واراد المستأجر ان يسافر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر المستأجر فلماذا جعل عذرا **قوله** كما في الركوب يعني اذا اطلق الركوب فاذا تعين ركوبه لا يكون له ولاية اركاب غيره وكذا في العكس فان قيل هو في ملك منافعه نزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبد فلماذا لا يكون له ان يسافر به قلنا انما يسافر المولى بعبد لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته **قوله** فصار كما اذا هلك العبد اي في ذلك العمل فانه يجب على المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستأجر صار غاصبا له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مال كاله (من)

(كتاب الاجارات باب اجارة العبد)

ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ر ح
وقالاه وضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت على ما مر ولما ان الضمان انما
يجب باتلاف مال محرزلان التقوم به وهذا غير محرر في حق الغاصب لان العبد لا يحرز
نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله
من وقت الاستعمال فيصير مستونيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر فان قيل يشكل
هذا بما دفع الارض الى عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها العبد ببذره فهل العبد في عمل
الزراعة فانه لا يضمن قلنا ان البذر لما كان من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير
صاحب الارض غاصبا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستاجرا حتى لو كان البذر
من قبل صاحب الارض وهلك العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب
في الصبي المحجور كذلك والمعنى انه فيه امين اذا لضمان فيه كذا في الفوائد الظهيرية
ان صرة اذا هلك المحجور من العمل في هذه الصورة فان كان المحجور صبيانا فعلى
عاقلة المستأجر عليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحجور عبدا فعلى
المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا *

قوله ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه قيد باجارة العبد نفسه لانه لو اجر الغاصب العبد
كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق **قوله** لان التقوم به اي بالا حراز **قوله**
وهذا غير محرر لان الاحراز انما يثبت بيد حافظه كيد المالك او بيد نائبه ويد المالك لم يثبت
عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز
نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه
الغاصب يضمنه وان لم يكن محررا في حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم
بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير متقومة فكذا ما حصل منها
قوله في حق الغاصب اي غير محرر للمولى في حق الغاصب ولكنه محرر للمولى
في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن * (قوله)

ويجوز قبض العبد الاجري في قولهم جميعا لانه ما ذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر
ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة
لان الشهر المذكور ولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة
فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم قبضه في اول الشهر
ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستأجر آبق او مريض حين اخذته وقال المولى
لم يكن ذلك الا قبل ان تاتي بي بساعة والقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح والقول قول
الموajer لانهما مختلفا في امر محتمل فيترجم بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو
يصلح مرجعا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه
قوله ويجوز قبض العبد الاجري في قولهم جميعا وفائدتها تظهر في حق خروج المستأجر
عن عهدة الاجرة لانه عاقد واما اذا آجرة المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة
الابوكالة عن المولى لان القبض من حقوق العبد فيثبت للعاقد **قوله** على ما مر اشارة
الى قوله والمافع ما ذون فيه كقبول الهبة **قوله** ومن استأجر عبدا هذين الشهرين
وفي عامة الكتب استأجر عبدا الشهرين شهرا بكذا وشهرا بكذا بدون اسم الاشارة
وقوله تحريا للجواز وتنجز الحاجة لا يطابقه وضع المسئلة في المعين ويحتمل ان يحمل
قوله هذين على ما اذا قال الآجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين
الى الشهرين المنكرين الذين دخلا تحت ايجاب الاجر فيبقى التكثير فيصلح التعليل
بتنجز الحاجة لاثبات التعيين **قوله** تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة وهذا لانه ان
لم ينصرف الشهر المذكور ولا الى ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا منكرا من شهر
عمرة وهذا فاسد فلا بد من صرفه الى ما يلي العقد تحريا للجواز وكذلك الاقدام على
الاجارة دليل تنجز الحاجة الى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور ولا
الى ما يليه قضاء الحاجة الناجزة **قوله** اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة (وانقطاعه)

باب الاختلاف

قال اذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا وقال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لابل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته لا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صبغته لكن يحلف لانه انكر شيئا لواقربه لزمه * **قال** وان احلف بالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لى بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله ان هو يتقوم بالعقد * **قال** وانما جاز في ستاجر الرحن اذا اختلف مع صاحب الرحن في جريان الماء في المدة فان القول قول من يشهد له الحال وان اختلفا في قدر الانتفاع فقال المستأجر عشرة ايام وقال الاجر خمسة ايام فالقول للمستأجر والبيئة للآجر وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اذ الترجيم ابدانما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف في اصول الفقه والله اعلم

باب الاختلاف

قوله لو انكر اصل الاذن كان القول قوله اي لو انكر عقد الاجارة كان القول قول رب الثوب فكذا اذا انكر صبغته **قوله** ومعناه ما مر من قبل اي قبل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا لم يخط قميصا بدرهم فخاطه قباء **قوله** وذكر في بعض النسخ اي نسخ القدوري **قوله** يضمنه ما زاد الصبغ فيه من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف امر الامر في الوصف صار بمنزلة الغصب **قوله** لانه ينكر تقوم عمله ان هو متقوم بالعقد ولا عقده هنا حيث ادعى العمل بغير اجر ودعى العمل بغير اجرا مائة والا عانة تبرع بالمنافع * **قوله** (قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ونكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكرو قال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل حريفا له اي خليط له فله الاجر والابلا ان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بالجر جر با على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصعقة بالاجر والقول قوله لانه اتم الخانوت لاجله جرى ذلك مجرى التصبص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله ونكر والجواب عن استحسانهم ان الظاهر الدفع والحاجة هنا الى الاستحقاق والله اعلم *

باب فسخ الاجارة

ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يصير بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقدر ضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموَجِر

قوله وينكر الضمان اي وجوب الاجر **قوله** حريفا له الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف وهو لاكتساب وحرف الرجل معاملته وفسره هنا بالخليط واراد به من بينك وبينه اخذ واعطاء مثل ان كان الرجل يعامل قصارا وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ودفع الثوب اليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله اجر مثل عمله اي القول قوله في انه عمله بالجر وقال محمد رحمه الله ان من اتخذ دارا وانتصب بعمل القصاراة بالاجر فالقول قوله قال شيخ الاسلام رحمه الله وعليه الفتوى والله اعلم بالصواب *

باب فسخ الاجارة

قوله وانها يوجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار وبهذا يندفع شبهة من قال ان عقد الاجارة لازم كالبيع ثم ان العيب اذا حدث في البيع بعد ما قبضه المشتري ليس للمشتري ان يردّه فكان ينبغي ان لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة ايضا فقال ان العيب الحادث في الاجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع (قبل)

الزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه **قال** وإذا خربت الدار أو انقطع شرب
الضيعة أو انقطع الماء عن الرحن انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع
المخصوصة قبل القبض فشا به فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا
من قال ان التبدل لا يفسخ لان المنافع قد بانت على وجه يتصور عودها فاشبهه الا باق في البيع
قبل القبض وعن محمد ر ح ان الاجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا لآخر وهذا تنصيص منه
على انه لم يفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحن والبيت مما يستفيع به بغير الطحن فعليه
من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه **قال** وان مات احدا المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه
انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة للملوكه او الاجرة للملوكه لغير الواعد مستحقة بالعقد

• قل القبض لان المعقود عليه امانافع وانها توجد شيئاً فشا وجد من العيب يكون حادثاً
كما اذا حدث العيب في المبيع قبل القبض ثم المستأجر اذا استوفى

المنفعة فقد رضي . . . ب فيلزمه جميع البذل كما في بيع دار رضي بالعيب لا يرجع بالتقصان *

قوله ما زال به العيب كما صلاح ما انهدم من الدار **قوله** فاشبهه الا باق في البيع اي اذا
ابق المبيع قبل القبض لا يفسخ البيع كذا هنا **قوله** وهذا تنصيص منه على انه لم يفسخ
لكنه يفسخ اي قوله ليس للمستأجر ان يمتنع اي عن القبض ولا لآخر اي عن التسليم
تنصيص على انه لم يفسخ لكنه يفسخ اي له حق الفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد
انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب القسطاط فبقي العقد بهذا واكن لا اجر
على المستأجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستيجار
وقال محمد ر ح في السفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت الواحائم ركبت واعيدت
سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر **وقال** محمد ر ح لا يشبه هذه الدار لان السفينة
بعد انقض اذا اعيدت صارت سفينة اخرى الا ترى ان من غصب من آخر الواحا
وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما رصة الدار فلا يتغير بالبناء عليها * (قوله)

لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقد ها لغيره لم تنسخ
مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى *
قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله
لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للموَجِر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار

قوله لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز ما في موت الاجر فلان المنافع التي
تحدث على ملكه هي المعقود عليه وبموته ينتقل رقبته اندار ومنفعاتها الى الوارث فيبطل
الاجارة لغوات المعقود عليه لان تبدل الملك كبديل المملوك الا ترى انه لو باع الدار برضا
المستاجر بطلت الاجارة لان انتقال الملك فيها الى غيره وفي موت المستاجر وبقي العقد بعد موته
انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير لا يخلفه وارثه
هذا لان الورثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما بقي وقتين ليكون ملك الوارث في الوقت
الاول ويخلف الوارث فيه في الوقت الثاني كالعين واذا تعد ربايات الارث تعين البطلان
بعقد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولي الوقف لان العقد ينتقل
الى ذلك الغير شرعا فلا يكون المستحق غير العاقد فانعدم ما ذكرنا من المعنى فان قبل
لما كانت الاجارة يتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان يعمل
اجارة الوارث فيه لان العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي قلنا
انما لا يعمل اجازته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فلا يتوقف على اجازته والفقه ما بينا
ان الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في اقواله ولا في عقوده التي عقد ها لنفسه
وعليه كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم او وكل رجلا يبيع ماله فلم يبع حتى مات الموكل فان
الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسألتين لما قلنا انه لا يقوم مقامه في اقواله وهذا بخلاف النكاح
حيث لا يبطل نكاح امته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث
بذلك رتبة الامه حق ما هي حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح **قوله** ويصح شرط (١)

ولما أنه عقد معاملة يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما نفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها

الخيار في الاجارة ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رح لا يصح لان جواز الاجارة عنده بطريق ان المنافع جعلت كالا عيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن ايضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من التسخير ولو كان للوجوه فلا يمكنه التسليم ايضا لان المستأجر اذا استأجر دارا هذا الشهر مثلا فعلى الموخر

في الشهرين ان لا يملكه التسليم على الكمال *

قوله وسواء في ذلك ان كان العقد مقابله اي معاوضة لان فيها تقابل العوضين. والمعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد مقابله اي معاوضة لان فيها تقابل العوضين. واما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابله **قوله** لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار **قوله** بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه اي فوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما ان التكليف انما شرع بحسب الواسع والطاقة ففي البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لا مكانه ولم يشترط في الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى لو اشترى شيئا ولم يعلم بانه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لغوات بعض المعقود عاياه بالعيب الحادث **قوله** فيشترط فيه دونه اي فيشترط رد الكل في عقد البيع لا مكانه لاني عقد الاجارة لعدم مكانه (قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموَجَر بعد مضي بعض المدة
قال ونفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنسخ الا بالعيب لان المنافع عنده
 بمنزلة الايمان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
 فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذا المعنى يجمعهما وهو عجز
 العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا
 وهو كمن استأجر حدا ا ليقلم ضرره لوجه به فسكن الوجه واستأجر طباطبا ليطبخ له
 طعام الوليمة فاختلعت منه نفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد *

قوله ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموَجَر بعد مضي بعض المدة كما اذا استأجر دارا سنة
 فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر
 ان يستنع من القبض في باقى السنة عندنا لان الخيار لو ثبت انما ثبت لتفرق الصفقة في المعقود
 عليه والعقد كما وقع وقع متفرقا فانه يعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثانى
 من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في احد العقدين لا يؤثر في الآخر
 وعند الشافعي رحمه الله للمستأجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالايمان فان افات
 بعض ما يتناول العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة كما لو اشترى شئين فهلك
 احدهما قبل القبض **قوله** ونفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يفسخ بعذر و بغير
 عذر الا بالعيب وعند مشري رحمه الله يفسخ بعذر وبغير عذر لانه عقد على المعدوم كالعارية
 والحوالة للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة لزوم **قوله** اذا المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن
 المضي بموجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به فان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه
 لتوفر المنفعة على المتعاقدين فان ازال الامر الى الضرر اخذ نافية باصل القياس قلنا
 العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التملكات يمنع
 اللزوم في الحال كالوصية *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجرف فيه فذهب ماله وكذا من أجرد كانا او دارا ثم افلس ولم يضمنه
ديون لا يقدر على قضائها الا بتمن ما أجور فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجبري على
موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال
آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يغتفر الى قضاء القاضي في التقص وهكذا ذكر
في الزبادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه
تستقص وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي وجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض
في المبيع على ما مر فيتقرب العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي
ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهرا لادين يحتاج
الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بداله من السفر فهو عذر لانه لو مضى
عليه موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او طلب غريمه فحضر
بغيره ~~فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يعقد ويبيع الدواب على يد~~
تلميذه او اجيره وررض الموجه فقد كذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي
رح انه عذر لانه لا يعري عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار

قوله انه فصل مجتهد فيه لان فيه خلاف الشافعي رح على ما ذكرنا فلا بد من
الزام القاضي قال شمس الائمة السرخسي رح وهو الاصح **قوله** ومنهم من وفق فقال
اذا كان العذر ظاهرا بان ماتت المرأة او اختلعت فيما اذا استاجر طبيا خالط بنخ طعام الوليمة
او مات الولد فيما اذا استاجر الختان ليخته **قوله** وروى الكرخي رح انه عذراي
مرض الموجه لانه لا يعري عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة وهو المرض دون الاختيار عذر
وهو ما اذا بداله من السفر وروى بشر عن ابي يوسف رح قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج
فهذا لا يكون عذرا له وان مرض فهو عذر لانه يقول غيري لا ينفق على دابتي ولا يقوم بتعا هدها
كقيامي واذا عذر عليه الخروج للمرض بلحقه في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد (قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعد رلانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح والله امر زائد **قال** واذا استجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لعوات مقصودة وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما ان يخط باجر فافلس ماله الخياط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطه وان يعمل في انصرف به وليس بعد رلانه يمكنه ان يقعد الغلام الخياطه في ناحية وهو يعمل الصراف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجره كذا الخياطه فاراد ان يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما هذه العامل شخصان فامكنهما ومن استأجر غلاما ليعمل في المصير ثم سافر فيه وعذر لانه لا يعري عن الزام ضرر زائد لان خدمته السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق ما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا أجره عتارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر *

قوله ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعد ر فان باعه مع هذا هل يجوز فيه اختلاف الفاظ الروايات قال شمس الائمة السرخسي رح في شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع واليه مال صدر الشهيد رح **قوله** وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه وقيل لا يحتاج الى التاويل فان الخياط الذي يعمل للناس فديعجز عن ذلك بان يظهر خيانتة عند الناس يتحاشون عن معاملته وتسليم العمل اليه **قوله** وكذا اذا اطلق بان قال استأجرت منك هذا العبد للخدمة وان يظل في الحضر او في السفر **قوله** بخلاف ما اذا أجره العقار ثم سافر وفي الذخيرة ولو اراد رب العبد ان يسافر لا يكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلي بين المستأجر وبين العبد فعلم ان ذكر العقار ليس بقيد والله اعلم * (مسائل)

مسائل منشورة

قال ومن استأجر ارضا واستأجرها فاحرق الحصاد فاحرق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعدي في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه *
قال واذا اتعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز

مسائل منشورة

قوله فاحرق الحصاد حصدا الزرع جزء حصدا او حصدا من باب طلب وضرب والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريدها هنا ما بقي في الارض من اصول القصب المحصود **قوله** لانه غير متعدي في هذا التسبب والضمان بطريق التسبب يعتمد التعدي في الحفر بئر في ارضه فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعدي ولو لم يكن في ملكه فاصاب نفسه او ما لا يهلك يضمن لانه ما شرف لم يتوقف على التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما السبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدو وان يلحق بالعلة واحراق الحصاد ههنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلغى اليه قال شمس الائمة السرخسي رح هذا اذا كانت الرياح هادئة حين او قد النار ثم تغيرت لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة فينبغي ان يضمن لان موقد النار في اليوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القى في ارضهم **قوله** واذا اتعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجهته يقبل وهذا بخلافه يعمل صورة المسئلة اذا كان للتصاير او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعده في دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس (مال) تصا

(كتاب الاجارات مسائل منشورة)

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا ابوجهته بقبل وهذا بحذاته يعمل فينظم بذلك المصلحة فلا تضرة الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استاجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين الى مكة جازوله المحمل المعتاد وفي التماس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفتي ذلك الى الملاءمة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يتبرقع بالصرف الى المتعارف فلا تنضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر * **قال** وان شاهد الجمال المحمل فهو اوجود لانه انقضى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء * **قال** وان استاجر بعير المحمل عليه مفذازا من الزاد واكل منه في الطريق جازان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق فلان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكمل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق *

مال صاحب الدكان المتفعة والمافع لا يصير رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيرة بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل وفي العمل بابدانها سواء يصير رأس مال احد هما التقبل ورأس مال الآخر العمل والكل واحد منهما يجب به الاجر كذا في النهاية *

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا ابوجهته تقبل وكان الآخر يشاركه على ان يتقبل الاعمال فتقبل احد هما وعمل الآخر فيكون الاجر بينهما كما لو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احد هما وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وكذا اذا اشار كالعلى ان يشتريا بوجوههما ثم اشترى احدهما يشاركه الآخر فيه وهذا اقرب الى شركة التقبل من شركة الوجوه الا انه انما قال هذه شركة الوجوه في الحقيقة لما ان قبول الاستاذ العمل ابوجهته **قوله** للجهالة اي للجهالة قدر المحمل من الطول والعرض والثقل والوطاء والفرش والدثر جمع دثار وهو كل ما القيته عليك من كساء وغيره **قوله** ورد الزاد معتاد عند البعض هذا جواب اشكال وهو (ان)

(كتاب المكاتب)

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً اما الجواز فللقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً هذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح ففى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايا عبد كوتب على مائة دينار فادها الا عشرة ذنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ان يقال مطلق التقدم محمول على العادة وفي عادات المسافرين انهم يأكلون من الزاد ^{من الزاد} ^{من الزاد} فاجاب ان العرف مشتركه فانه معتاد عند البعض فكان العمل بالاطلاق اولى وهون ^{من الزاد} ^{من الزاد} الحمل المسمى من موضع ذاك وانما يكون ذلك بزد ما انتقص من الزاد فلا مانع من العمل بالاطلاق *

كتاب المكاتب

الكتاب: التحرير يد اى الحال ورقبة عند اداء المال وهذا التركيب يدل على الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكتب الشفاء حررة والكتيبة الطائفة من الجيش فسمي هذا العتد الذي جرى بين المولى وعبده كتابة لانه لا يخلو عن كنية الوثيقة عادة وركنتها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد اخص بنفسه ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق فى المحل **قوله** وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء خص الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كذاؤن الاصفهاني ومن تابعه هذا امر ايجاب اذ اطلب العبد من مؤلاه ان يكاتبه وقد علم المولى فيه خير اوجب عليه ان يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب **قوله** وانما هو امر ندب هو الصحيح **وقل** بعض (مشائخنا)

(كتاب المكاتب)

وفيه اختلاف الصحابة رضي وما اختراؤه قول زيد رضي ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا ادبتها فانتم حران موجب العقد ثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المالك حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للمرق

مشايخنا الامراء يكون ايمان الاباحه والاحواز لقوله تعالى وان احللتهم فاصطادوا وقتله ان علمتم فيهم خيرا مذكور علي وفاق العادة لان المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط ان الاباحه ثابتة بدون هذا الشرط *

قوله وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم قال زيد بن ثابت رضي الله عنه مثل قوله وقال علي رضي الله عنه يعتق بتدريما ادى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا ادب في قيمته يعتق وفيما زاد علي ذاك يكون المولى غريما من غرمائه وقال ابن عباس رضي الله عنهم لا يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريما من غرمائه وانما اختراؤه قول زيد رضي الله عنه لقوله عليه السلام ايمان عبد كوتب علي مائة دينار فادها الا عشرة دنائير فهو عبد **قوله** لان موجب العقد ثبت من غير التصريح به وعند الشافعي رح لا يعتق ما لم يقل كاتبك علي كذا ان ادبته الي فانتم حر واصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا بجمع حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال اوجبت لك حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء ولو نص لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعلي مذهبه تفسيرها ضم نجم الى نجم لاضم حرية الى حرية ولو نص عليه لا يعتق بان قال ضربت عليك الفاعلي ان تؤديها الى كل شهر كذا هذا في المبسوط **قوله** ولا يجب حط شيء من البدل وقال الشافعي رح يجب حط ربع البدل لقوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اناكم وعن علي رضي الله عنه موقوف عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام انه قرأ هذه الآية وقال هو ربع الكتابة ولنا انها عند معاوضة ولا يجب الحط في مائر المعاضات كذا فيها وهذا لان الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا يكون سببا بعينه (لاستحقاق)

(كتاب المكاتب)

بخلاف السلم على أصله لأنه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عاينها فتثبت به **قوله** ظاهر ما قلنا من غير شرط التجبيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق *

لاستحقاق الحط الذي يضاد الوجوب كالبيع والاضر للندب كالامر بالكتابة وعن الكلبي المراد بالابتداء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وهو الظاهر لأن الابتداء يدل على التملك وذافي التصديق عليهم لأن الحط لا يكون تمليكا *

قوله بخلاف السلم على أصله فإن أصل الشافعي رحمه الله أن السلم الحال يجوز **قوله** ولنا ظاهر في الزيادة على النص فكتبهم الآية فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص فسخ من **قوله** والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع ولهذا يجوز الاستبدال به قبل القبض وهذا آية الثمنية ولا يقال العجز عن الاداء يوجب الفسخ وهذا آية الطبيعة لا نعاملنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعا وبعد اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثما بخلاف المسلم فيه فإنه مبيع من كل وجه حتى لا يجوز استبداله والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلا بد من الاجل الممكن له من التسليم **قوله** ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنها عقد كريم إذا العبد وما في يده لمؤلة فيكون الظاهر أنه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالاداء ما لم يعلم قدرته عليه إلا أنه لم يذكر الاجل ليكون متفضلا في تأخير المطالبة في الانتهاء كما كان منعما عليه في أصل العقد في الابتداء بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة فلا يمهل إذا عجز فيجوز مؤجلا لا حالا **قوله** وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق أي في الكتابة الحالة يرد الى الرق كما عجز لأن شرط الفسخ عجز المكاتب عن اداء البدل وقد وجد *
(قوله)

قال وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذا عاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشانعي ربح الخلفانية وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادعى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبد جعلت عليك الفاتوة بها الي نجمها اول النجم كذا او آخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفاكش شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص ربح لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فالتحقيق معنى الكتابة وهو الضم

قوله واذا كان يعقل الشراء والبيع يعني يعقل ان الشراء جالب والبيع سالب **قوله** جعلت عليك الفاتوة الى قوله فاذا اديتها فانت حر قوله اذا اديتها فانت حر لا بد منه لان قوله جعلت عليك يحتمل الكتاب ويحتمل الضربة لان المولى يستبد بضربة عبده فلا يتعين جهة ان الكتابة لا بقوله اذا اديتها فانت حر بخلاف قوله كاتبتك لعدم الاحتمال وقوله ان عجزت فانت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفي الكتاب ايضا وانما ذكره حثا للعبد على الاداء عند التنجيم **قوله** فان هذه مكاتبة حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالنراضي ولو ادعى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس في حقه **قوله** لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة لان التنجيم للتخفيف والتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة فعرنا ان المولى قصد ايجاب البدل بهذا التنجيم وفي نسخ ابي حفص ربح لا يكون مكاتبة **قال** فخر الاسلام في المبسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال اذا اديت الي الفاتوة هذا الشهر فانت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسير الكتابة لانه قد يكون في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه وذكر لفظ يختص به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابة * (قوله)

(كتاب المكاتب)

فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى وأما عدم الخروج من ملكه فلما رويانا لانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتجزع العتق ويتحقق بئاخرة لانه ثبت له نوع مالكية وثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق باعتاقه لانه مالک لرفقته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا لحصول العتق به وقد حصل دونه *

قال واذا وطى المولى مكاتبه لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبها والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولد هالزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالها غرم لان المولى كالا جنسي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلغه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله اعلم بالصواب *

قوله فيضم ما يدينه الى مالكية نفسه اي يضم مالكية يده في الحال الى مالكية نفسه في المال لانه ملك نفسه من وجه ولهذا الوطئها المولى يجب العقر ولذلك يجب الارش لوجنئ عليها ولا يكون ذلك الا بان يكون مالكا لاجزائه من وجه وحقيقة مالكية النفس عند اداء جميع البدل **قوله** فلما رويانا وهو قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه ذرهم **قوله** وثبت له حق في الذمة من وجه اصل البدل يجب للمولى في ذمته لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان قبوله في ذمته مع المنا في اذ المولى لا يستوجب على عبده رينا ولهذا لا يصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلة مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض يتم المالكية للعبد ايضا وتام المالكية لا يكون الا بالعقد فيعتق ضرورة ان تمام المالكية **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود *

(فصل)

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدر او جنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيب على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عنق وقال زفرح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان ادبها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على مئة اردم *

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله ليس بمال في حقه اي ليس بمال متقوم **قوله** ولان القيمة مجهولة قدر او وصفا و جنسا اما جنسا فلانها مرة يكون من الدراهم وطورا من الدنانير واما قدر فانها يختلف مقدارها باختلاف المتقومين واما وصفا فانها يكون جيدا ووسطا ورديا **قوله** وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة يعني ان الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب او دابة وانه لا يجوز لان الثوب او الدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في النكاح **قوله** ولانه تنصيب على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان قيل لو كاتبه على عبد وسط او عبد مطلق يجوز وان كانت القيمة يجب بهذه التسمية حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن لصدده يجب قصد الاحكاما لكان النصريح بالقيمة ويجب ثم حكما لا قصد الا انه تصرّيح بالعبد وقد ثبتت الشئ حكما وضمنا لغيره وان كانت لا يثبت قصد اكبيع الاجنبية ونحوها **قوله** وان ادى الخمر عنق وفي المبسوط وان اذاه (قبل)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين المبتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة
فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما المبتة فليست بمال
اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق
باداء عين الخمر لزمت ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق
فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان
المولى ما رضي بالتصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اذ لا تنجب قيمته بالغة
ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو المبدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه

قبل ان يترافعا الى القاضي وقد كان قال لئلا انت حر اذا اديتها اولم يقل فانه يعتق ويسعى
في رد قيمته فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر مردة لتقرر العتق فيه فيلزم
قيمه كما مر **ري** اذا اعتق المبيع قبل التضي وقال زفر حر لا يعتق الا باداء قيمة
نفسه لان البذل هو القيمة اي في الكتابة الفاسدة كما في بيع الفاسد وفي نسخ الهداية لا يعتق
الا باداء قيمة الخمر وانه مشكل جدا مخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق
الا باداء قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد اضيفت الى الخمر بادئ ملابسة
وهو وجوبها عند ذكر الخمر في البذل لكان وجهها متكلفا *

قوله ولا فصل في ظاهر الرواية اي يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط اولم يصرح **قوله**
والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا اي الظاهر من حال العبد انه يرضى
بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية اولان العبد لما اقدم على الكتابة الفاسدة
والواجب فيها القيمة فقد رضي باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى **قوله** وفيما
اذا كاتبه على قيمته اذا ادى القيمة يعتق لانها البذل وانما يثبت اداء القيمة بتصادقهما
او باداء اقصى ما يقع به تقويم المقومين *

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

وانثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بآداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لا خلافاً اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تنعين في المعاوضات فيعتاق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة ر ح رواه الحسن رضي الله عنه انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز برد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع

قوله وانثر الجهالة في الفساد يعني لافي ابطال العقود هذا جواب اشكال وهو ان يقال ان القيمة مجهولة كجهالة الثوب فينبغي ان تؤثر تلك الجهالة في فساد العقد على وجه لا يعتق بآداء القيمة كما لا يعتق بآداء الثوب فاجاب بان جهالة القيمة مستدركة تحذر منه بآداء اكثر ما يقع به تقويم المتومين ولا توقف على اداء المشروط وفي الثوب فاسم الثوب كما يتناول ما أدى يتناول غيره ومعلوم ان مراده ليس بمطلق الثوب لانه لا يزيال ملكه عن العبد لاي ثوب كان فكان المراد معينا ولا يدري ان المؤدى هل هو ذلك المعين ام لا فلا يثبت الاداء فان قيل ينبغي ان يعتق بآداء ثوب اعتبارا لجهة التعليق اذ الكتابة تضمنت المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب بقي معنى التعليق فيعتق كما اذا قال ان اديت الي ثوبا فاي ثوب ادى عتق كذلك ههنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة ايضا لان المتضمن يبطل بطلان المتضمن **قوله** لانه لا يقدر على تسليمه لان ملك الغير غير مقدور التسليم **قوله** فاشبه الصداق الجامع كون كل واحد منهما عوض مالم يس بمال ولو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم فكذا ههنا **قوله** اذا كان العقد يتحمل الفسخ تحرز به عن النكاح *

(قوله)

كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة

بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه
اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة
اولى وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبار الحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع
بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت الحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيها
اذا كان البدل عينا معيناً والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك
اولم يجوز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح
والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رح
رواه ابو يوسف رح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد الا اذا قال انه اذا ديت
الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رح وعنه انه يعتق قال ذلك
وام يقل لان العقد ينقذ مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين
في بيت الفاسد... وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد
ذكرنا وجه الروايتين... المنتهي **قال** وان كاتبه على مائة دينار على ان يرز المولى عليه
عبد اغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هي جائزة
قوله بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط اي شرط صحة
التسمية في النكاح ان يكون المسمى مالا امتقوما لان يكون مقدور التسليم اذ القدرة على تسليم ما هو
المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط الصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة يجوز وان كانت القدرة
معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر **اولى** **قوله** وان كاتبه على عين في يد المكاتب اي على عين
هو من كسبه بان كان مازنا في التجارة فغير وايتان وقد عرفت ذلك في الاصل اي في المبسوط
ذكر فيه عبد مازن له في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين
ففيه روايتان اما اذا كان في يده دراهم او دينار حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات
وجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم وجه الفساد ان الكتابة شرعت على
وجه يختص بمكاسبه فيثبت حرية اليد في الحال ويترأى خربة الرقبة الى وقت الاداء (فلو)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

ويقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصّة العبد فيكون مكاتباً ما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذلك يصلح مستثنى منه وهو الأصل في ابدال المعتود عليه وأما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى **قال** وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشتمل اجناساً مختلفة فيتقاسم الجاهلته وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف والجاهلته يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البديل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه لا يجوز وهو القياس فلو جازت الكتابة هنا كان الاداء من مال المولى لأن اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقود للمولى الأعلى كسب بوجوده الكتابة فلا يفيد ملك المكاتب على أنه ثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة الأعلى وجه التعاقب فيكون أصنافاً بديل ولا يكون كتابة* **قوله** ويتقسم المائة دينار إلى آخره حتى إذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء الخمسين ويستطخمسون في مقابلة العبد وإنما يقسم على قيمتهما لجواز أن يكون قيمته العبد الوسط مستغرفة كل البديل وعلى هذا لا يحصل للمولى شيء وأنه مراضي بذلك **قوله** وهو الأصل في ابدال العقود يعني الأصل أن كل ما يصلح أن يكون بدلاً في عقد يصح استثناء منه **قوله** ولهما أن العبد لا يستثنى من الدنانير لأن الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لأنها لا تصلح بدلاً لاشتمالها على نوع جهالة لا خلاف المقومين فيها فإذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البديل مجهولاً والحاصل أن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من الدنانير بازاء العبد الذي يرده المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رتبة المكاتب فهو كتابة والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمعتود عليه فلو جازت الكتابة لأجازت بما يختص الرتبة من المائة والكتابة بالحصّة كتابة بالقيمة فيكون فاسدة **قوله** وإذا كاتبه على حيوان (غير)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لمن على وجه يستط الملك فيه فاشبه النكاح والجماع اهـ يمتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة **قال** واذا كاتب الصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدار معلوم والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخمر في حقنا وايهما اسلم فللدولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتسلكتها وفي التسليم ذلك اذا الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تابع الذميان خمر انتم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا *

ولا يبين النوع اي ... او هندي والصفة اي لم يقل انه ايص او اسعد *

قوله لانه معاوضة فاشبه البيع والجماع انه لا يصح الا بتسمية البديل فكانت معاوضة كالبيع الا ترى انه يقال ويقسم **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال اي ابتداء لان البديل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال **قوله** او بمال اي في الانتهاء لانه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يستط الملك فيه اذا لعبد لا يملك مال به نفسه فاشبه النكاح والجماع انه يمتنى على المسامحة اي الجماع بين عقد الكتابة والنكاح **قوله** لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة اي قيمة المسمى فانه اذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمة يجبر على القبول فمتى جاز ان ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جاز ان يبقى على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة اصلا فلا يمكن ابقاء عليها *

(قوله)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

قال وإذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حراً يداً وذلك بمالكية التصرف مستبد به تصرفاً يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا يتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة وبذلك البيع بالمحابة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفته ليربح في اخرى *

قال بان شرطه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استخساراً لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو ملكية البدن على جهة الاستعداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثلته لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه الكاح فالحق اها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والكاح في شرط لم يتمكن في صلبه

قوله وإذا قبضها اي قبض قيمة الخمر عتق وان ادى الخمر عتق ايضاً المقصود من الكتابة تعيق العتق باء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خبر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتدريسي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدل هذا العقد ان العقد انعتق صحيحاً على الخمر ابتداءً وبقي على القيمة صحيحاً بعد الاسلام ولا يتصور ابتداءً صحيحاً والخمر بدل فيه ابتداءً صحيحاً ليل على ان الخمر لم يبق بدلاً فلا يعتق باءه ثم العقد ان وقع فاسداً بسبب الخمر وبقي فاسداً كذلك فبقي الخمر بدلاً واذا بقيت بدلاً يعتق باءها **قوله** ولو اداها اي العبد المسلم الخمر **قوله** وقد بيناه من قبل اي في اول هذا الفصل وهو قول فارسي ادى الخمر عتق وقيل زهر راجح لا يعتق *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها احتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا احتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيورطها عليها فاشبهها بالبيع يبطل (بالشرط)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبارنا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط الفاسدة **قال** ولا يتزوج الاباذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المتصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافته واعارة ليجتمع عليه المجاهرون ومن ملك شيئا يملك ما دون من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لائمة تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنو عيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب علمي عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء الشرط الفاسد اذا تمكن في صلبها كما لو شرطه خدمة مجهولة بان كاتبه على كذا اعلى المدل واشبهها بالتعاق لا يبطل الشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها بان كاتبه على كذا او ادو الدياس *

قوله هذا هو الاصل اي العمل بالشبهين هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك فك الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهوان لا يخرج من الكوفة فاعتباري عند الكتابة اعناق في حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشرط الفاسدة كما لو اعتق عبد اعلى انه ساسد فان الشرط باطل والاعتاق صحيح **قوله** ضرورة التوصل الى المتصود وهونيل الحرية والتزوج ليس وسيلة اليه لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوج ليس من اكتساب المال فيه بل التزام المهر والنفقة ولا يتصدق الا بالشئ اليسير وما دون الدرهم قليل ينوسع الناس فيه **قوله** ليجتمع عليه المجاهرون والمجاهزون عند العامة الغني من التجار وكأنه اريد به المجهزون وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فخرف الى المجاهر **قوله** ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا اي الكفالة باذن المكفول عنه وبغير امره لان كل ذلك تبرع (اما)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

بان زوجه اُمته جاز لانه اكتساب للمال فانه ينملك به المهر فدخل تحت العقد *
قال وكذلك ان كاتب عبده والتباس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ماله العتق والمكاتب
ليس من اهله لا عتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع

اما ان كان بغير امره فظاهر انه تبرع محض ولا يكون له الرجوع بما ادى فصار كالهبه
وان كان بامر فذلك ايضا لان الكفيل متى ادى بصير مقرر صا بما ادى الى المكفول
عنه والافراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشروط في المجلس ولو كان
معاوضة فيشروط قبضه في المجلس لكونه صرفا وكذلك الكفالة بالنفس ايضا لا يصح لانه تبرع
محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزام مدلا في ذمته وهو التسليم وتسليم النفس
مدلا يتعلق به المال نكاح متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانه يقول ان الكفالة متى صححت
قد يتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز
عن الكسب فيتصل ضرره هذا الالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان باذن
المولى او بغيره لانه ملك المولى لا في ماله ومكاسبه فوجود ذمته فيها هو تبرع كعدمه *

قوله فان زوجه اُمته جاز لانه اكتساب للمال ولا يلزم عجز المكاتبه عن تزويج نفسها لان حق
المولى في رقبته باق ولها ذمته لملك اعتاقها دون اعتاق امته فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد
لها بتزويج نفسها ولان فيه تعيب رقبته فان النكاح عيب فربما يعجز ويبقى هذا العيب في
ملك المولى توضيحه ان النكاح غير مشروع في الاصل لا اكتساب الاموال بل للمحصن
واللعنة وانفكاك الحجر ثبت للمكاتب في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودا من تزويج
نفسها شيئا آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناول الفك الثابت بالكتابة بخلاف تزويج
الامة فان قيل هذا موجود في ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى
وامته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجزت وقد حاضت
ابنته حبضا فلا يجب على المولى فيها استبراء جديد ويلزم ذلك في امته ومكاتبته * (قوله)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه و البيع يزيله قبله
ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على
مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له **قال** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاً
للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا عذرا صافته الى
مباشرة العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئاً **قال** فلو ادى الاول
بعد ذلك وعق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى
الثاني بعد عتق الاول فولاً له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق
عبداً على مال او باعه من نفسه او زوج عبداً لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه استأط الملك من رقبته وثابت الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال
بغيره وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة وما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب
لرأيه في نفسه بخلاف تزويج الامه لانه اكتساب لاستغادته المهر على ما مر *

قوله وقد يكون هو اسع . نبيع لانه لا يستوجب الثمن في ذمة المشتري ما لم يزل العبد
عن ملكه وهما لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالقبض فلما ملك البيع فالكاتبه .
اولى ولهذا يملك الاب والوصي كتابة عبد الصغير **قوله** ثم لا يثبت للعبد الاما هو ثابت له بخلاف
الاعتاق على مال فانه فوق ما هو ثابت له لان الثابت للمكاتب ثبوت حق الحرية والمعتق
على مال حقيقتها **قوله** لان له فيه نوع ملك وهذا لان اكل واحد منهما حق ملك في كسب
المكاتب الثاني لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون مال الثاني من حق الكسب منقولاً
الى المولى فصار كانه مكاتبه من وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق ايضا لانه كسبه وكان
هو المباشرة لهذا العقد وحقه ارجح من حق المولى لان حقه حق ملك وتصرف والمولى حق
ملك لا غير فاذا كان الاول من اهل ان يثبت له الولاء فهو اولى من المولى وان كان الاول
مكاتباً على حاله ولم يكن من اهل الولاء فيخلقه مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئاً يملكه
مولاه بهذا الطريق **قوله** وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة ولهذا اذا اوصى لموالي فلان (و)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

قال وكذلك الاب والوصي في رفيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظر له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية *
قل واما الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمعارض والشريك شركة عنان هو فاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان الماذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله اعلم *

فصل

قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكتسب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان

وليس له معتق في الاحياء وله معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو ولا يكون الاضافا الى المولى *
قوله هو فاسه على المكاتب فان له ان يزوج امته فكذا هؤلاء **قوله** واعتبر بالاجارة فان لهم والية الاجارة فكذا ولاية تزويج الامة اذ كل واحد منهما تملك المنفعة بيد **قوله** ولهما ان لهم التجارة وليس هذا بتجارة لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فصارت شبيها بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت الحبوان في الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة *

فصل

قوله واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته حتى يمنع عن بيعه وانما قيد بقوله دخل في كتابته ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصاله لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي بل بعجز الداخل بعجز الاصلي حتى اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابته الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصاله *

(قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعل وما لا يجوز ... فصل)

الا نرى ان الحر متى كان بملك الاعناق يعتق عليه وان اشترى ذارحم محرم منه
لاولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يدخل اعتبارا بترابة الولاد اذ وجوب
الصلة ينظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير
ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد
ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني
الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع
نفوذا من الكتابة حتى ان احدا الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه *
قال وانا اشترى ام ولد دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها

قال الا نرى ان الحر متى كان بملك الاعناق يعتق عليه اي اذا اشترى اياه وابنه
... مالا ملكا ولهذا يحل الصدقة له وان اصاب مالا ولا يملك الهبة ولا يفسد
نكاح امرأته اذا اشترى ... المكاتب لا يملك له في الحقيقة لكن يقدر على الاكتساب والتدرة عليه
بوجب النفقة في قرابة الولاد ... يجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وان
لم يكن موسرا ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر **قوله** ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام
وقرابة الولاد يعني قرابة الاخ وامثالها منوطة بين قرابة بني الاعمام وهي بعيدة لانها
بواسطة العم وهو بواسطة الجد وبين قرابة الولاد وهي قرابة قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب
والجد ونحو ذلك فاشبهت بني الاعمام في حق الزكوة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان
القصاص واشبهت الولاد في حق حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا
فالحقناها بالولاد في العتق وبني الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حفظا **قوله** وهذا
اولى اي من العمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا اي لو احقناها بالولاد في حق
الكتابة لا لغينا الشبه الاخر لانه يلزم الحاقها بالولاد في حق العتق لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة
قوله ولم يجز بيعها ولم يدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه نص عليه في المبسوط * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعلوه ما لا يجوز ... فصل)

امادخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلا فالابي حنيفة رح وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعالثبوت في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امته دخل في كتابته لما ينافي المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتب ولدان حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكدا فيسري الى الولد كالنديب والاستيلاء *

قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبتهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما ولا صح ما في المتن وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولها ذابته في الرق والحرية *

قوله امادخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا اشارة الى قوله تحقيقا للصلة بقدر الامكان **قوله** لان كسب المكاتب موقوف اي كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو مومية الولد اذا وتعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل الفسخ او كان الاستيلاء محتملا للفسخ فيفسخ بالنسوخ الكتابة فمح بلزم ان يجعل الشيء الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشيء الذي يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعالمهود ونه الا انه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولد هاتبعالثبوت في الولد بناء عليه وما يثبت تبعا يثبت بشرط المتبوع ولو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه **قوله** مؤكدا احترازا عن ولادة الابنة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لان الامتناع في الابنة غير مؤكدا فلا يسري الى الولد **قوله** دخل في كتابتها وفي بعض النسخ في كتابتها ومعناه اذا كاتبتهما كتابة واحدة بدخول الولد في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لها كما اذا كانت الكتابة متفرقة والصحيح هو الاول * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يعلموه لا يجوز ... فصل)

قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فوادت منه ثم استحققت فاولادها هيبد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ر ح وقال محمد ر ح اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب نبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لئال حربة الاولاد ولهما ابيه مولودين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به *

قال وان وطئ المكاتب امته على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرقان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخله تحت الكتابة

قوله زعمت انها حرة الغرور انما يثبت بقول الامه انها حرة وكذا اذا تزوجها منه حر على انها حرة او تزوجها منه عبد ارمد بر او مكاتب على انها حرة ويرجع المغرور بها ضمن من قبضة الولد على الامه بعد عتقها ويرجع (المستحق) على الحر وعلى المدبر والعبد والمكاتب اذا عتقوا وما اذا اراد ان يتزوج امرأة فاخبره رجل انها حرة ولم يزوجه اباه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هي امه وقد وادت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع الزوج على المخبر شيئا لانه ما التزم شيئا انما اخبره بخبر كان كذبا وذلك لا يثبت له حق الرجوع كما لو اخبره ان الطريق آمن فسلك فاخذ الصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامه اذا اعتقت لانها غرتة حين زوجت نفسها منه على انها حرة واذا تزوجها وهو لا يعلم انها امه او تزوجها وهو يحسب انها حرة ولم يغره فيها احد فالاولاد رقيق لان هذا ظن منه والظن لا يغني عن الحق شيئا **قوله** ولا ياخذهم بالقيمة اي لا يأخذ المكاتب الاولاد بالقيمة اي لا تكون الاولاد احرار بالقيمة **قوله** لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة اي فيما اذا كان المغرور حر ابواخذ بقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد ر ح ههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق اي (فيما)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينظمه الكتابة كالكفالة *
قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردا اخذ بالعقر في المكاتبه وكذلك العبد المأذون لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى *

فصل

قال واذا ولدت المكاتبه من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقنها جهتا حرية عاجلة يسدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها نابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في وادها

فيما اذا كان المغرور مكاتباً او عبداً او مدبراً اذا كان التزوج بغير اذن المولى اما اذا كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لان كل دين وجب على المملوك يسبب مأذون فيه من جهة المولى يؤخذ به في الحال وكل دين وجب بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فانهما يؤخذ به بعد العتق *

قوله وهذا العقر من توابعها توابع التجارة داخله تحت الكتابة وان كانت تبرعاً حقيقة كاضافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب الحد نصراً لمحابدين التجارة وان كان مقابلاً بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب العقر باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فلا ينظمه الكتابة فتأخر الى عتقه كدين الكفالة والله اعلم *

فصل

قوله يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها فصداً اذا لم يكن منه فلان يملك تحرير ولد هاضماً للدعوة الاولى * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العتق من مولاه لا اختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قد من ان مات المولى عتقت بالا استيلاء وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وترك ما لا تؤدي منه مكاتبها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم ترك ما لا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي الحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبع لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد ان هو ولدها فبتبعها **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقى ختها حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاء لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لا منشا عبقائها بغير فائدة

قوله وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة وهذا لانه لما كفى للمكاتب ملك ادنى منه في مكاتبته بدليل عدم جواز اعتاقه لصحة الاستيلاء حتى يثبت منه النسب عند الدعوة فلان يكفي للمولى ماله من الملك وهو اقوى بدليل جواز اعتاقه لصحة الاستيلاء اولي **قوله** لما قد من اشارة الى قوله قبيل فصل المكاتب الفاسدة واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها **قوله** ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي الحرمة وطئها عليه وهذا بخلاف ام الولد اذا ولدت ولدا حيث يلزم المولى لانها ام ولد يحل للمولى وطئها وهذه ام ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى الا ان يدعي حتى اذا عجزت نفسها ثم ولدت ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت ام ولد يحل وطئها فيحكم بنبوت النسب من المولى كسائر اولاد ام الولد **قوله** جهنا حرية اي عاجلة يبدل الكتابة وأجلة بغير بدل * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وهـ الايجوز ... فصل)

غير انها تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ نظرها والنظر فيها ذكرنا ولو ادت المكاتبه قبل موت المولى صنعت بالكتابة لا بها باقية **قال** وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تبا في اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غير هاهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رجم وقال ابو يوسف رجم تسعى في الاقل منهما وقال محمد رجم تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة والخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رجم في المقدار ومع محمد رجم في نقي الخيار اما الخيار ففرع تجزئ الاعناق عند ولما تجزئ بقي الثلثان رقبتهما وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير وموكل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعق بعضها هاهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فله محمد رجم انما قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجيب البدل بمقابلته الا ترى ان لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة

قوله غير انها تسلم لها الاكساب والاولاد جواب لشبهة وهي ان يقال لما انسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي ان يسلم الاكساب والاولاد المشتراة في الكتابة للمولى فاجاب ان الكتابة انسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ نظرها والنظر في انساخها في حق سقوط البدل لاني حق الاولاد والاكساب **قوله** فان مات المولى ولا مال له غير هاهي انما قيد بدلا لانه لو كان له مال غير هاهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير وسقطت عنها المكاتبه لوقوع الاستغناء بها عن اداء المال فكان هذا بمنزلة ما عتق المولى مكاتبه **قوله** وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير وموكل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل وافل المالين اعسر لكونه حالا فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا **قوله** قابل البدل بالكل اي بكل المدبرة لانه اضاف العقد الي كلهما فقال كاتبتك على هذا وهي محل قابل (لهذا)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

ولهما ان جميع البذل مقابل بثلي رقبتهما فلا يستط منه شيء وهذا لان البذل وان قوبل بالكل صورة وصيغته لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحققت حرية الثلث ظهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرينه وصار هذا كما اذا طلق مرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية

لهذا العقد كالتن فيصير كلها مكاتباً واذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجازاً فيجب ان يسقط بقدره من الثلث وصار كما اذا استأخر التديروان كاتب عبده او لانه ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق *

قوله ولهما ان جميع البذل مقابل بثلي رقبتهما ولا يقال لظاهر انه انما التزم بمقابلة الكل لانه انما التزم ليعتق قبل موت المولى لاننا نقول استحقاق المدبر العتق غير مقرر قبل موت المولى لانه ان مات قبل موت المولى يبطل الاستحقاق وان مات المولى قبله يتقرر وبذل الكتابة في الحال كالموتوف بين ان يكون بمقابلة الكل او الثلثين فان ادى قبل موته يكون بمقابلة الكل فيعتق كله باداء البذل وان مات المولى او لا يتقرر استحقاقه فتبين بموت المولى او لان التزم البذل كان بمقابلة ما لم يتقرر استحقاقه توضيحه انه انما يلتزم البذل ليحصل العتق له عاجلاً ما لو علم حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البذل فان ادى قبل موت المولى يجعل بمقابلة الكل واذا مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين **قوله** استحققت حرية الثلث ظهراً انما قيد بقوله ظهراً لانه اذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث الا بالسعاية **قوله** فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين الى قوله كان جميع الالف بمقابلة الواحدة فان قيل انما قابلنا البذل ثمه بازاء ما بقي لوقوع التخليتين اما ههنا فلمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ولهذا حل وطئها فيجوز ان يثبت بازائه من البذل قلنا قد سقطت مالية هذا الثلث هنا ولهذا الوا تلفها انسان لا يضمن الا بقيمة الثلثين فيكون البذل بازاء الباقي *

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

لدلالة الارادة كذا هذا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عندة في شيء فافترقا **قال** وان دبر مكاتبه صح ائتمد بير ما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة ربح وقال تعالى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا *

قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعائه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تنفسخ برضاء العبد والطاهر رضا توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامته الا كسابه لا نابقى الكتابة في حقه *

قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجمله فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا له لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا انه فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا

قوله دلالة الارادة اي ارادة المطلق لان الظاهر انها تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانهم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا **قوله** عنده اي عند عقد الكتابة **قوله**

ما بينا انه لا نافي لانها تلقتها جهة اخرى **قوله** بناء على ما ذكرنا اراد بقوله ما الخيار فرع تجزى الاعتاق **قوله** ووجهه ما بينا اراد بقوله لان البدل مقابل بالكل **قوله** لا نابقى الكتابة في حقه

اي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للظروا النظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب **قوله** فكان ربوا لانه لما ادنى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة بمقابلة خمسمائة

من الالف التي في ذمته فبالخمسمائة الاخرى يسلم للمكاتب بالاجل وانه ليس بمال والدين مال فيكون هذا مقابلة المال بغير المال فيكون ربوا لان الربوا هو الفضل الخالي عن العوض **قوله**

لهذا لا يجوز مثله في الحر بان كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا (لا)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحريين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة *

قال واذا كاتب المريض عبده على الف درهم الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعنده محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يوخرها فصاركما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقية حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يتال للمشتري اثنى جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى

قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمتها الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قواههم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما *

لا يجوز وكذا لو كان على مكاتب الغير دين مؤجل فصالحه على هذا الوجه لا يجوز وبدل الكتابة مال من وجه اي ليس بمال من كل وجه حتى لا يصح الكفالة ولا يصلح نصا بالزكوة *

قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجه لان القياس ينفي هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وعقد من وجه لانه تعليق العتق باداء البدل والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر **قوله** حتى اجري عليها احكام الابدال حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن وياخذ الشفع بـ **كل الثمن قوله** نظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف اي اصل اختلافهم هذا في مريض باع دارا قيمتها الف بثلاثة آلاف الى سنة **قوله** لما بينا من المعنى اراد به ما ذكر من الدليل في الطرفين **قوله** لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير لانه تبرع باسقاط احد الالفين وتاخير الالف الاخرى والله اعلم * (باب)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب عن العبد)

باب من يكاتب عن العبد

وان اكتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادبى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان ادبت اليك الف فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط وان قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان ادبت اليك الف فهو حر فادبى لا يعتق قياً سالانه لآشرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصم في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادبى الحر البذل لا يرجع على العبد لانه متبرع

باب من يكاتب عن العبد

قوله لانه لا شرط اي حتى يعتق لوجوده لانه لم يقل ان ادبت اليك الف فهو حر والعقد موقوف والموقوف لاحكم له **قوله** ولا ضرر للعبد الغائب وهذا لان المولى يتفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البذل فاذا تبرع الفضولي باداء البذل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير باداء البذل عنه فينقصد الكتابة في حق هذا الحكم ويتوقف في حكم لزوم الالف على العبد **قوله** وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب يعني قيل صورة مسئلة الكتاب ما اذا لم يقل ان ادبت اليك الف فهو حر بل قال له كاتب عبدك على الف درهم وقبل الفضولي عن العبد والحكم فيه انه ان ادبى منه عتق وان بلغ العبد فقبل يصير مكاتباً وقيل هذا الجواب اي العتق باداء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة مصورة بصورة التعليق بان قال الفضولي على اني ان ادبت فهو حر على ما قال في الكتاب **قوله** لانه متبرع لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسرد ما ادبى الى المولى قلنا ان اداه بحكم الضمان وهو ان يقول (كاتب)

(كتاب المكاتب بآب من يكاتب عن العبد)

قال وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمؤلة وهو غائب فإن أدى الشاهد والغائب عتقا
وه معنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه
كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب
لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل
نفسه فيه أصلا والغائب تبعًا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت دخل
اولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا بإدائها وليس عليهم من البديل شيء وإذا أمكن
تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البديل لأن البديل
عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البديل شيء لانه تبع فيه *

كاتب عبدك على ألف درهم على أني ضامن يرجع عليه لانه أدى بضمان فأنسد فإن الكفاية
ببديل الكتابة لا تصح وإن أدى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع حصل له مقصودة وهو عتق
العبد فلا يرجع كمن تبرع بأداء الثمن على المشتري وتم تبرعه وهذا إذا أدى كل بدل الكتابة
وإن أدى البعض لانه أن يرجع سواء أدى بضمان أو بغير ضمان إن أدى بضمان فلما مروا
أدى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل عوضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفًا فيرجع كمن
تبرع بأداء الثمن في بيع موقوف كان لانه يسترد من البائع لهذا المعنى بخلافه لو قال العبد الكتابة
ثم تبرع انسان عنه بأداء بعض بدل الكتابة حيث لا يرجع لان ثمة حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة
المكاتب عن بعض البديل وههنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى يبرء بأداءه هذا إذا اراد أن يرجع
قبل اجازة العبد وإن اجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم اراد التحران يرجع بما أدى بحكم الضمان
يرجع وإن أدى بغير ضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو البعض لانه متى اجاز نفذت الكتابة
من الابتداء فوقع الاداء مبرئًا لذمة المكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصود المتبرع فلا يرجع *

قوله والكتابة على هذا الوجه مشروعة بأن جعل نفسه أصلا في الكتابة والغائب تبعًا كولد المكاتب
يكون تبعًا لها فيصح هذا التصرف كذلك أو يجعل هذا كتابة للحاضر على ألف وتعليق العتق
الغائب بالاداء ألف الذي هو بديل في هذا الكتابة تصحيحًا للتصرف العاقل بقدر الامكان (قوله)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب من العبد) .

قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعبر الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه *

قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينه عليه والغائب منبرع به فهو مضطرب اليه **قال** وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء ما يفتا فان قبل العبد الغائب ولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقوله كمن كفل من غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا *

قوله وايهما ادى عتقا اما الحاضر فلان البدل عليه فيجبر المولى على قبوله عند ادائه ويعتق الغائب ايضا لدخوله في كتابة الحاضر تبعاً كما في ولد المكاتبه ولما ذكرنا من التعليق ووجود الشرط واما اذا ادى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبه ومعبر الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتهن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وهنئه اولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل في الكتابة تبعاً كولد المكاتبه اولانه في حقه مجرد تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب وان دخل في عقد الكتابة تبعاً كولد المكاتبه الا انه اصل من وجه من حيث ان عقد الكتابة اضيف اليهما متصودا بقوله كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب فكان بدل الكتابة منتسماً عليهما في الاصل ولهذا لو اعتق المولى الغائب عتق وسقط حصته من المكاتبه لان المال مقابل بالرقبتين في حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعاً لاحصته له في حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدي حصته وان اعتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبه ويؤدي الغائب حصته حالاً والارد في الرق لان الاجل كان مشروطاً بالحاضر دون الغائب بخلاف ولد المكاتبه اذا اعتقه المولى لا يسقط من المكاتبه شيء ويعتق باعناق المكاتبه **قوله** فان قبل الغائب ولم يقبل فليس ذلك منه بشيء اي لا يؤثر قبوله في لزوم بدل (الكتابة)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب عن العبد)

قال واذا كانت الامّة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز واياهم ادى ام يرجع
على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة
واولاده تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي *

الكتابة عليه لانه ليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء اجاز الغائب اولم يجز وكذلك رده لا يؤثر
في حق رد عقد الكتابة عن الحاضر بل عقد الكتابة لازم للحاضر وان رده الغائب *
قوله واذا كانت الامّة على نفسها اي قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها
والحكم في العبد كذلك وليس في وضع المسئلة في الامّة فائدة سوى ما ذكره ابو جعفر ر ح
في كشف الغوامض بقوله ان لهذه الزاوية اي لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس
في مكاتب المبسوط ان هناك وضع المسئلة فيمن كاتب عبده على نفسه واولاده الصغار
فلولا رواية الجامع الصغير كان لقائل ان يقول للاب على الصغير من الولاية ما ليس الام
فبرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالصغير ليدل بذلك ان لا اثر
لقبول الغائب اورده ثم فائدة وضع المسئلة في الصغيرين دون الصغير هي ان اياهم ادى
لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لو لا هذا الوضع كان لقائل ان يقول في مثل هذا اذا
ادى احد الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصاله بينهما ولا تبعية بخلاف الامّة
وابنها فان اداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن يتبعها وكذلك اداء الابن كاداء امه لانه
لما دخل في كتابتها بطريق التبعية صار اداء التبع كاداء الاصل واما اداء هذا الابن ليس
كاداء اخيه لما انه لا تبعية بينهما ولهذا وضع هذه المسئلة في المبسوط في الاولاد الصغار
ليفيد هذه الفائدة ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التثنية لانه اقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة
قوله على ما بينا في المسئلة الاولى وهي ما اذا كاتب عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب
قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي والله اعلم * (باب)

باب كتابة العبد المشتري

وان كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكتب نصيبه بالفي درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة ر ح وقالوا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانه تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزى وقاعدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البذل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المتبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل

باب كتابة العبد المشتري

قوله ان يكتب نصيبه اي نصيب المأذون **قوله** واصله اي واصل قوله فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة ر ح وعندهما وبينهما نكاحان **قوله** فيكون متبرعا بنصيبه عليه اي على المكاتب لانه اذا اذن احدهما لصاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا وبقي نصيب الآذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه عبد فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فمتى اذن الذي لم يكتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد اذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له فيصير الآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة مالو وهب من مكاتبته شيئا ثم المكاتب ملكه من غيره بغرض وعجرفان قيل المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق يرجع بما تبرع به لان المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع المهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به

لعدم التجزي فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما
 فيبقى كذلك بعد العجز **قال** وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت
 بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد لأول لأنه لما دعى
 أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتب لا تقبل
 النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولو ادعى
 الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة
 كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد لأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن
 شريكه نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لو طئه جارية مشتركة

بدلان مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فهنا أيضاً مقصود الآذن بالتبرع أن
 يسلم للمكاتب رقبته بالعق ولم يحصل بالعجز فينبغي أن يرجع قلنا المتبرع عليه ههنا هو المكاتب
 من وجه من حيث أن مقصود الآذن عتقه وبعد العجز صار مرفوقاً له من كل وجه والمولى لا يستوجب
 على عبده ديناً ولا عيناً خصوصاً إذا خرج عن يده بالتسليم إلى المكاتب بخلاف الزوجة والبائع
 لأن ذمتها محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده *

قوله لعدم التجزي ولا يلزم كتابة أحدهما بدون إذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصراً
 عليه لأن الكتابة إنما يقتصر على أحد الشرعيين إذا كانت غير لازمة والكتابة هناك ليست
 لازمة بدليل أن الساكت يملك فسخها وهذا لازم فاشبهت التدبير **قوله** كما في المدبرة
 المشتركة صورتها أمية بين رجلين دبرها ثم وطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه يثبت
 نسب الولد منه ويقتصر أمومية الولد على نصيبه **قوله** لقيام ملكه ظاهراً قيد بقوله ظاهراً بالنظر
 إلى إبقاء الكتابة والنظر إلى العجز لا يبقى ملكه فيها والظاهر أنها تمضي على كتابتها فيكون ملك
 الثاني بأقيانها **قوله** ووطئه سابق فتصير أم ولد له من ذلك الوقت لأن السبب هو الوطئ فنصار
 كما إذا استقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى تستحق الزوائد * (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطنها كان ملكه قائما ظاهرا وولدا مغرورا ثبت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حتيقة فبلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر اليه المكاتبه جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها الاختصاص بها بما فيها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد الاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالا جماع ما امكن وقدامكن بنفسه الكتابة لانها قابلة للفسخ

قوله ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد فان قيل ينبغي ان لا يضمن قيمة الولد لان ضمان القيمة في ولد المغرور لما ان الملية يتلف في الولد بحرينه فيضمن الاب قيمته وهنا الولد ينبع الام والام غير متقومة فكذا الولد فلا يجب القيمة تكان حرا فلا يجب الضمان قلنا عن ابي حنيفة رح في كون ام الولد متقومة روايتان فهذا وقع على رواية تقوم فيكون الولد متقوما على هذه الرواية فيضمن بالقيمة **قوله** لانه بمنزلة المغرور لان الشريك وطنها على حساب ان يضعها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين انه لا ملك له فصار مغرورا **قوله** وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحهما المدهي ام ولد الاول وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاء في الكتابة ينجزى عند ابي حنيفة رح وعندهما لا ينجزى واجمعوا على انه لا ينجزى في الفنة وينجزى في المدبرة لهما ابن تكميل الاستيلاء واجب ما امكن واهذا يكمل في الفنة ما امكن تكميله ههنا بنفسه الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت بصيرتة واستيلاء الفنة لا ينجزى ولا ابي حنيفة رح انه لا وجه لتكميل الاستيلاء لا بتملك نصيب صاحبه والمالك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولا وجه لنفسه الكتابة لان المكاتب قد رضي بحريته بجهة الكتابة ولا رضي بحرية آجلة بجهة الاستيلاء فان لم يتمحض النفس منفعة لا ينفسخ الكتابة ولهذا قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبته ابنه لا يصح وان امكن تصحيحه بنفسه الكتابة **قوله** ولا يجوز وطئ الآخر لا يكون هذا الوطئ وطئا يثبت النسب والانعدم جواز الوطء بالاتفاق (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التديير لانه لا يقبل الفسخ
وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً
واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطى ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً
عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطى لا يعري عن
احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبه قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة
لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبه ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب
كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل

قوله فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب لان لا ضرر لها في كونها ام ولد بل لها فائدة نفع حيث لم يبق
محالاً لا ابتذال بالبيع والهبة ويبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها **قوله**
بخلاف التديير جواب ما قاس ابو حنيفة روح المكاتبه المشتركة بالمدبرة المشتركة اي الكتابة
بخلاف التديير من حيث ان الكتابة قابلة للفسخ والتديير غير قابل للفسخ فكذلك اذا استوان الشريك
الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه لما قلنا ان امومية الولد يجب
تكميلها ما امكن وههنا لا امكان لان التديير لا يقبل الفسخ **قوله** بخلاف بيع المكاتب اي
لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضا في البيع
وقد قلنا انه يفسخ في ما لا يتضرر المكاتب **قوله** غير انه لا يجب الحد للشبهة وهي شبهة انها
مكاتبه بينهما بالدليل الذي ذكره ابو حنيفة روح على انها يبقى مكاتبه بينهما **قوله** لان الوطى
لا يخلو عن احدى الغرامتين اي اما الحد واما العقر **قوله** وصار كلها مكاتبه له اي الاول
قوله قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو اختيار الشيخ الامام الزاهدي اي منصور لما تريد
روح لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشائخ روح
يبقى مكاتبه بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة امر ضروري فلا يظهر في ما عدا
تملك الاول نصيب الثاني فبقي العقد الاول كما كان * (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

وفي ابتائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر الكتابة بسقوطه والمكاتبه هي التي تعطى العقر
لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى اظهر اختصاصه على ما بينا

قال وبضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبه لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبه فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح

يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البديل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما

قال وان كان الثاني لم يطأها واكثر دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف
الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله
فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه يصادف ملك غيره

قوله وفي ابتائه في حقه اي في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف بدل الكتابة نظر للمولى
ابي المستولد الاول وهو حصول بدل الكتابة له **قوله** على ما بينا اي في بيان قول ابي حنيفة رح
قوله وبضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبه وهو قول

ابي يوسف رح في مكاتب بين الشريكين اعتقه احدهما فانه يجب عليه عند ابي يوسف رح
نصف قيمته مكاتبه فقياس قوله فيما نحن فيه ان يضمن نصف قيمتها مكاتبه ايضا وقيمة
المكاتب نصف قيمته **قوله** لانه ضمان التملك اظهر آثار الملك فيه من حل الوطء
والاستخدام ونحوها فاما اذا اعتقه احدهما ولا كان هذا ضمان افساد الملك لانه لم يظهر اثر

من آثار الملك عندهما والولاء ليس من آثار التضمين فان الولاء عندهما للمعتق على تقدير
التضمين وعدمه فلم يكن ضمان الاعناق ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل
من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البديل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن
ولانه لو بقي من البديل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاسئلا

فتحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة درهم فلهذا اوجبنا الاقل * (قوله)

والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر **قال** وهي ام ولد
 للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاء على ما بينا ويفضمن لشريكه نصف عقرها
 لو طمعه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة
 والولد ولد للاول لانه صحت دعوتيه لقيام المصحح هذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا *
قال وان كانا كاتبا هاتما اعتقها احدهما وهو مرسر ثم عجزت بضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها
 ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة ر ح وقال ر ح لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق
 تصير كانهما لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها

قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق
 الظاهر وذلك يكفي اثبات النسب دون التدبير الا يرى انه لو اشترى امته وود برها ثم استحققت
 يبطل التدبير ولو استولدها ثم استحققت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة كذا ههنا
قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكره في قول ابي حنيفة ر ح ثم اذا عجزت بعد ذلك
 جعلت الكتابة كان لم يكن وبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال
قوله لقيام المصحح وهو الملك في المكاتب لان استيلاءه كان عند قيام الكتابة وبصم استيلاءه
 المكاتبه بالاجماع **قوله** وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا اشارة الى قوله اما عند ههنا فظاهر
 واما عند ابي حنيفة ر ح فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطي **قوله** والجواب
 فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن المشترك على الخلاف في الرجوع فان عند
 ابي حنيفة ر ح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعند ههنا لا يرجع المعتق
 على العبد وفي الخيارات فان عند ابي حنيفة ر ح الشريك الساكت بين الخيارات الثالث ان شاء
 اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعند ههنا ليس له الا لضمان مع اليسار
 والسعاية مع الاعسار وغيرها وهو الولاء فان عند ابي حنيفة ر ح ان شاء اعتق الساكت او استسعى
 فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعند ههنا الولاء للمعتق في الوجهين جميعا * (قوله)

كما هو مسئلة تجزى الاعناق وقد قررناه في الاعناق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة رح لان الاعناق لم تكن تجزى عنده كان انزه ان يجعل نصيب غير المعتق
كالملكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزي يعتق
الكل فله ان يضمه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستعسى العبدان كان معسرا لانه ضمان
اعناق فيختلف بالبسار والاعسار **قال** وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتق الآخر
وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استعسى العبد وان شاء
اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستعسى العبد او يعتق
وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير تجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه
لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعناق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا
اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعناقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزي عنده
قوله كما هو مسئلة تجزى الاعناق يعني كان مسئلة تجزى الاعناق على الخلاف فكذلك
الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف ايضا فان فيه اشارة الى ان الخلاف في هذه الاشياء الثلاثة
بناء على مسئلة تجزى الاعناق وعدمه **قوله** وعندهما لما كان لا يتجزي يعتق الكل فله ان يضمه
قيمة نصيبه مكاتبا ولم يذكر الخلاف في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما ذكر الخلاف
في المسئلة المقتضية في رواية الجماعة وفي الزيارات لم يذكر الخلاف اصلا فيكون هذه المسئلة المتأخرة
على تلك الرواية ويحتمل ان يكون قول محمد رح في تلك المسئلة خاصة ويفرق بينهما
ووجه الفرق ان الاعناق عندهما لا يقبل الوصف بالتجزي فيثبت العتق في الكل والعتق
ينافي الكتاب ابتداء وبقاء بخلاف الاستيلاء لانه لا ينافي الكتابة ابتداء فلا ينافيها بقاء بالطريق الاول
كذا في الفتاوى الظهيرية **قوله** لانه ضمان اعناق فيختلف بالبسار والاعسار والقياس ان لا يختلف
بالبسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الا انا استحسنا قلنا ان المعتق باشر السبب اي لما اعتق
المعتق نصيبه صار اعناقه نصيبه سببا لاتلاف نصيب صاحبه فاعرفه دون العلة فيكون هذا
ضمان السبب بني على صفة التعدي ففهما اذا كان المعتق موسرا لا بد من الاعناق (لانه)

ولكن يفسد به نصيب شريكه فإلّا ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذمومة
ويضمنه قيمة نصيبه مدبر لأن الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قول لأن المنافع أنواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه والغائب البيع فيسقط الثلث وإذا عده من لا يملك بالضمنان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى
ملك كما إذا غصب مدبر أو باق وإن اعتد أحدهما أو لا كان الآخر أخبارات الثلث عند إذا ذبرة
لم يبق له خيار التضمن وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعي وقال أبو يوسف
ومحمد رحم إذا ذبرة أحدهما فعق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عن أحدهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته مؤسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف بالسرا والعسار وإن
نصف قيمته قنا لأنه صادف التدبير وهو قول وإن اعتد أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الاعتاق
لا يتجزأ فعق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد ويضمن نصف قيمته إن كان مؤسرا ويسعى
العبد في ذلك إن كان معسرا لأن هذا ضمان الاعتاق فيختلف ناك باليسا، والأعسار عندهما *

لا يتمكن من إحراز الثواب بواسطة اعتاق عبد آخر فإذا اعتق المشترك يكون متعدبا وفيما
إذا كان معسرا ليس له إحراز ثواب العتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعدبا *

قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه أي باعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لأنه كان قبل
اعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال وكان لا يجبر على الإخراج إلى المعتق فبعد اعتاق المعتق
يكون المدبر مجبورا على الإخراج إلى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصا بكسابه
قوله البيع واشباهه وهي الهبة والصدقة والارث والوصية **قوله** والاستخدام وامثاله وهي الإعارة
والإجارة والوطى **قوله** والاعتاق وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال
قوله وإذا ضمنه لا يملكه بالضمنان لأن هذا ضمان حيلولة لضمان تملك فانه بالاعتاق
إزال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب **قوله** كما إذا غصب مدبرا أو باقا أي
حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب فإذا وجده الغاصب فله أن يستغنيه **قوله** فإذا ذبرة
لم يبق له خيار التضمن فإن قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب أن يضمنه ما بقي (من)

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظر المجانين والثالث هي المدة التي ضربت لابطال الاعذار كما مهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحمه لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان من قيمته ناقصا فصار كما اذا سبق التدبير الاعتاق فلما الاعتاق اما انعقد سببا للضمان لان نصيب صاحبه حينئذ كان قابلا للنقل من ملك الى ملك وباعتراض التدبير تعذر بقاء سببية الضمان على هذا الوجه فيبطل السببية اصلا لا يبرى انه لو غصب مدبرا ثم ابق يضمنه ولو غصب قنا بدرة المولى ثم ابق لا يضمن لتعذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي انعقدت باعتراض التدبير بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتاق لان نصيب صاحبه وقت الاعتاق لم يكن قابلا للنقل فامكن التول بقاء السببية على الوجه الذي انعقدت *

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قوله واذا عجز المكاتب عن نجم التجم هو الطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي اقل التاجيل نجمان اي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه انه حط عن مكاتب له اول نجم حل عليه اي اول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية نجوم ما ومنه قوله التجم ليس بشرط ودين منجم جعل نجوم ما اصل هذا نجوم الانواء لانهم كانوا يعرفون الحساب وانما يحفظونه من اوقات السنة بالانواء **قوله** كما مهال الخصم للدفع اي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع بينته حاضرة فانه يمهل ثلثة ايام **قوله** والمديون للقضاء فانه اذا اقرب دين وسأل ان يمهل ثلثة ايام ليحضر المال او لبيع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك مستعانا ادائه ولم يحبس به * (قوله)

لقول علي رضي الله عنه اذا اتوا الى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه موجه وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسار او الى المدة ما توافق عليه العاقدان وانما ان سبب النسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فينسخ ان لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لا مكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبه عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فردة مولاة برضاة فهو جائز لان الكتابة تنسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر او لى

قوله لقول علي رضي الله عنه اذا اتوا الى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده ذكر فخر الاسلام علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود احدهما وهذا امر لا يعرف فيا سافصار المروى عنه كالمروى عن النبي صلى الله عليه وسلم والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبه له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها هذا جواب عما تمسك ابو يوسف رح بقول علي رضي الله عنه بان الاثر المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما يعارضه ما ذكره في الكتاب فيسقط الاحتجاج بها اي بالآثار المتعارضة لان الحد يبين اذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فيصار الى ما بعدهما من الحجة بقبلي ما قاله من الدليل ان سبب النسخ قد تحقق الى آخره سالما عن المعارض فيثبت النسخ به او تقول ان في حديث علي رضي الله عنه بيان ان حق النسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه نفي حق النسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا الى قيام الدليل وهو ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه فان ذلك كالمروى عن النبي صلى الله عليه وسلم لان ما يتولاه الصحابي من المقتدير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس **قوله** فان اخل بنجم عند غير السلطان اي غير القاضي * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

ولو لم يرخص به العبد لابد من القضاء بالنسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء
 كالرد بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
 وما كان في يده من الاكساب فهو مولا لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا
 عليه او على مولاة وقد زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة و
 قضى ما عليه من ماله وحكم بعته في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث
 لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علما ونارح
 وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك لمولاة وامامه في ذلك زيد بن
 ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو
 اما ان يثبت بعد المات مقصورا ويثبت قبله او بعده مستند الالوجه الى الاول لعدم المحلية
 ولا الى الثاني لغتد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال، الشيء يثبت ثم يستند
قوله ولو لم يرخص به العبد لابد من القضاء بالنسخ وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالنسخ
 ولا يشترط رضاه كما اذا وجد بالمشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالنسخ وجه هذه
 الرواية ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام
 العقد بوقوع الفراغ من استيفاء احكامه فيشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري عيبا قبل
 القبض وهناك ينفرد المشتري بالنسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي فهنا كذلك وجه الرواية
 الاخرى ان هذا عيب تمكن في احد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار
 في يده فاشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري بالمشتري عيبا بعد القبض وهناك المشتري
 لا ينفرد بالنسخ كذا هنا **قوله** لانه كان موقوفا عليه او على مولاة لانه ان ادعى بدل الكتابة
 فكسبه للمكاتب وان عجز للمولى **قوله** الالوجه الى الاول لعدم المحلية وذلك لان الميت ليس
 بمحل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز
 ان يستند الى حال حيوته لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي اسناده الى حال حيوانه اثبات
 العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء *

(قوله)

ولنا انه عقد معاوضة فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لحياء الحق بل اولى لان حقه أكد من حق المولى حتى لازم العقد في جانبه والموت انقضى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا ويستند البحرية **قوله** ولنا انه عقد معاوضة احتراز عن النكاح والوكالة وذلك لانه ثبت للمكاتب مالكية اليد والمولى المطالبة ببدل الكتابة وقضية المعاوضة المساواة ولا يفسخ الكتابة بموت المولى فكذا بموت المكاتب **قوله** والموت انقضى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجدان بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت انقضى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية فاذا جاز ابقاء العقد مع اقوى المانعين لادنى الحاجنين فلان يبقى العقد مع أدنى المانعين لا على الحاجنين اولى واجرى وأما ما ذكره الشافعي ربح من التردد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدرحيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا ومالكا لاجواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجدهور على انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيواته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاستئذان انما يكون في التصرفات الشرعية فلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف الى المنيوب وهذه الاضافة شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فسات قبل ان يصيب ثم اصاب صار ملكا له وورث عنه والميت ليس باهل للملك ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من اجزاء حيواته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كملكك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيواته واما بان تقام التركة الموجودة منه في آخر جزء من اجزاء حيواته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلته كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافات **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادعى حكما بعنق ابيه قبل موته وعنق المولود لان المولود اخل في كتابته وكسبه بكسبه فيخلقه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قبل له اما ان تودي الكتابة حالة او ترد رقبتا عند ابي حنيفة رح واما عندهما يوده الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعاله ولهذا يملك المولى اعناقته بخلاف سائر اكسابه ولا يبي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصليين ان الاجل يشترط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضاف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانه بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لايه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حرو كذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولدان كان صغيرا فهو تبع لايه

قوله باستناد سبب الاداء الى سبب هو الاداء **قوله** لان المولود اخل في كتابته هذه النكتة تقتضي ان لا يعتق الولد المشتري الا ان عتقه لمعنى آخر وهو ان مقصود المكاتب ان يعتق بجميع اجزائه فلذلك يعتق باداء الحال تحقيقا لمقصود العاقبة بقدر الامكان **قوله** بخلاف سائر اكسابه فان المولى لا تصرف له في اكساب المكاتب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب **قوله** وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة اي يرثه ابنه ويقد بقوله كتابة واحدة احتراز عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لان الولدان كان منفردا بكتابة فاداهما بعد الموت قبل قضاء مكانه او بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق من وقت اداء البديل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبدا عند موت ابيه فلذلك لا يرثه (قوله)

وان كان كبير اجعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر *
قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقصى به
 على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتاب بدلان من
 قضيتها الحاق الولد بموالى الام ويجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجبر
 الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكرن تعجيزا وان اخصم موالى الام
 وموالى الاب في ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء
 مقصود او ذلك يمتني على بقاء الكتابة وانتفاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء
 على موالى الام واذ ابقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب
قوله وان كان كبير اجعلا كشخص واحد لا يحد عقد الكتابة وهذا لان الكتابة لما كانت واحدة
 ونجومها واحدة فانهما يعتقان معا ان ادبا ويردان معا في الرق ان لم يود يا وقد عتق العبد
 في آخر جزء من اجزاء حيوته فيعتق الابن معه في تلك الحالة فيرثه لذلك **قوله** وان مات
 المكاتب وله ولد من حرة ابي معتقة وترك ديناً وفاء بمكاتبته قيد بالدين لانه لو ترك عبدا لايتم
 القضاء بالاحاق بالام اذ يمكن الوفاء في الحال **قوله** وان اخصم موالى الام يعني اخصم
 بعد موت الولد فارثه بالولاء قبل اداء بدل الكتابة فقضى القاضي بالولاء لقوم الام يكون قضاء
 بعجز المكاتب وموته عبدا لان من ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبدا لانه لو مات
 حرا لا يجزى الولاء اليه من قوم الام **قوله** لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا احتراز عن المسئلة الاولى
 فان القضاء بالارش على قوم الام لا يكون قضاء لهم بالولاء الذي يمتني على بقاء الكتابة في الاب
 وانتفاضها ولا يكون القضاء بالارش على قوم الام منافيا لبقاء الكتابة في الاب بل هذا يقرر حكم
 الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام ويجاب العقل عليهم لكن على احتمال
 ان يعتق الاب فينتقل الولاء وموجب الجناية الى قوم الاب فلا يكون القضاء بالارش
 على قوم الام قضاء بنفس الكتابة ولان القضاء بالارش عليهم قد يكون بجهة اخرى
 غير الولاء كالكفالة ونحوها فلم يكن قضاء بموت الاب عبدا وفي المسئلة الثانية الاختلاف (وقع)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما بلاقه من القضاء فلهذا كان تعجيزا *

قال وما دى المكاتب من الصدقات الى مولاة ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله تعالى عنها هي لها صدقة وله هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل الملك فلا تطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ووعجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب

وقع في الولاء مقصودا وذا يبني على قيام الكتابة وانتضاها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة فانها لو لم تنسخ وخرج من الدين واديت الكتابة رجع عاقلة الاب بالميراث على عاقلة الام فينتقض القضاء بالميراث فقلنا بانفساخها صياغة للقضاء عن النقص

قوله هذا فصل مجتهد فيه فان الاختلاف بين موالى الاب وموالى الام في الحنفية راجع الى قيام الكتابة وانتضاها عند موت المكاتب عن وفاة موالى الام زعموا انده مات عبدا

وانسخت الكتابة بموته وصار ولاء الولد لنا لا يتحول عنا وهو قول بعض الصحابة وموالى الاب زعموا ان الكتابة لم تنسخ بموته عن وفاة موالى الكتابة حتى يعتق وينقل الولاء اليه وهو

قول بعض الصحابة فاذا قضى الناضي بالولاء لموالى الام كان قضاء في فصل مجتهد فيه فنقد بالاجماع وصيانة قضاء متفق عليه واما من امضاء كتابته اختلف الصحابة في بقائها هذا اذا مات

المكاتب عن وفاة واما اذا مات لاعن وفاة قال بعضهم ينسخ حتى لو تطوع انسان بتبديل الكتابة

لا يقبل منه وقيل خلافه **قوله** لتبديل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق فان قيل

ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبديل الملك فلهذا ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا

في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه

من التصرف في ملكه وهذا آية كمال ماك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى اذا المكاتب

هو الذي يتصرف فيه تصرف الاملاك لا المولى ثم بالعجز ينقلب الامر وليس هو الا لتبديل الملك

للمولى **قوله** في حديث بريرة رضى الله عنها فانها اهدت الى رسول الله صلعم (ما)

(كتاب المكاتب: باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وهذا عند محمد ر ح ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف ر ح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذ لا يله فلا يحوز ذاك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعليه هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه مولاه وام يعلم بالجنانية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جنابة العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجنانية عند الكتابة حتى يصير مختار الفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي

ما اخذت من الصدقات وقال عليه الصلوة والسلام هي لها صدقة ولنا هدية * **قوله** وهذا عند محمد ر ح ظاهر لان بالعجز عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز للمولى يملك اكسابه ملكا مبنداً حتى لو اجر المكاتب امته ظن بئرم عجز بطل الاجارة عند محمد ر ح لزوالها عن ملك الاجر وكذا عند ابي يوسف ر ح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان للمولى في كسب المكاتب نوع ملك وبالعجز يتقرر ذلك ويتأكد الا انه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في اخذها لكونه اذ لا لامع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامات لان بالصدقة يسقط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلهذا حل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره والاخذ لم يوجد من المولى وعليه هذا اذا استغنى الفقير وفي يده شيء من الصدقة او وصل ابن السبيل الى وطنه وفي يده فضل من الصدقة او عتق المكاتب وفي يده شيء من الصدقة يطيب لهما وفي الاوضح ما بقي في يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عند ابي يوسف رح لانه لم يتجدد الملك للمولى عنده * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما فلنا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فیهودین بیاع فيه لا انتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالتقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقد رجح ابو يوسف رحمه الله وكان يقول اولاياع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمهم الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وام الولد ولنا ان المانع قبل الزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يقبلان الزوال بحال *

قال واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة كيلا يؤول الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة سبب الحرية وسبب حق المراء حقه وقيل له اذا طال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير

قوله وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز اي فانه يدفع او يغدي **قوله** وان قضى به عليه في كتابته اي ان قضى بموجب الجنابة على المكاتب في حال كتابته فهو دين اي قد رقيمة المكاتب دين على المكاتب **قوله** ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد اي لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال في الحال اي من الرقبة الى القيمة فتوقف على القضاء او الرضاء وحاصله ان جنابة المكاتب عندئذ لا يصير مالا الا بتضاء او رضاء او بالموت عن وفاء وعند زفر رحمهم الله يصير مالا في الحال له ان المانع من الدفع قائم وقت الجنابة وهو الكتابة فوجب ان يصير موجبه للقيمة بنفس الوقوع كجنابة المدبر وام الولد ولنا ان الاصل في جنابات العبيد وجوب الدفع الا ان يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك المانع هنا قابل للنسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال من الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء **قوله** وسبب حق المراء حقه اي الكتابة سبب الحرية والحرية حقه وسبب حق المراء حقه فيكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر *

(قوله)

كتاب الولاء

الولاء نزعان وللاء عتاقه ويسمى وللاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له ووللاء موالاة وسببه العتد ولهذا يقال وللاء العتاقه ووللاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم واما اراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يبركون الموالاة بالحلف **قال** واذا اعتق المولى مملوكه فولاء له لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعتقه وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه وبصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالمعز وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنه حمزة رضي الله عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلوة والسلام المال بينهما نصفين ويسنوي فيه الاستاق بمال وبغيره لا طلاق ما ذكرناه *

كتاب الولاء

هو من الواوي بمعنى الترب ويقال بينهما وللاء اي قرابة ومنه قوله

عليه السلام الولاء لخدمة كل خدمة النسب اي وصلة كوصلة النسب *

قوله الولاء نوعان اي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع وهو الذي يقع به التناصر نوعان وللاء عتاقه ويسمى وللاء نعمة قال الله تعالى واذا تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله بالاسلام فانعمت عليه بالعتق وسببه العتق على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون سبب هذا الولاء اعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا ولا يصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال وللاء العتاقه ولا يقال وللاء الاعتاق كذا في المبسوط **قوله** وقد احياه معنى لان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي الا يرى الى قوله تعالى او من كان مينا فاحييناه اي كانوا فهديناه فكان في معنى الولاد من حيث ان سبب حيوة الولد (انما)

قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح *
قال واذا ادعى المكاتب عتق وولاءة للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه
 بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه
 وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركه على حكم ملكه وان مات المولى
 عتق مدبره وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاءهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاء
 ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاءة له لوجود السبب وهو
 العتق عليه واذا تزوج عبد رجلا لامة لاخر فاعتق موئى الامتالامة وهي حامل من العبد
 عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابد لانه عتق على معتق
 الام متصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل وولاءة عنه بملا بما روينا
 وكذلك اذا ولدت ولدا لائل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت
 ولدين احدهما لائل من ستة اشهر لانهم اتوا مان يعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت
 رجلا وهي حبلتي والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب
 انما هو والد فيرثه كهو فان قيل ينبغي ان يرث المعتق من المولى ايضا اذا لم يترك المولى
 عصبه نسبية كما هو قول الحسن بن زياد رح قلنا المعتق اجنبي عند قد جاء في المعتق نص
 مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره *

قوله وان شرط انه سائبة عبد سائبة اي لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب اي جري وذهب
 كل مذهبه اي اعتق رجل عبده وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل **قوله** واذا ادعى المكاتب عتق
 وولاءة للمولى لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يرث
 وكذلك المدبر لا يرث فيعتق على ملكه ايضا **قوله** لانه عتق على معتق الام مقصودا وانما
 قلنا انه صار معتقا مقصودا لان الجنين هو جزء من الام والمولى اوقع العتق على جميع
 اجزائها مقصودا فيكون معتقا للجنين الذي هو جزءا مقصودا ايضا كذا ذكره شيخ الاسلام رح
قوله او ولدت وادين احدهما لائل من ستة اشهر اي يوم مثلا والاخر بعدها * (قوله)

(كتاب الولاء)

لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصود الان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له **قال** فان ولدت بعد عتقها لاكثر من سنة اشهر ولد او لاؤه لموالى الام لانه عتق تبعاً للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب جراً لاب ولأ ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعاً للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمه لكحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلاً عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاءنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه تنسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لافل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام

قوله لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا بخلاف ولأ العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصودا لا يمكن ان يجعل تابعاً لغيره في الولاء عليه **قوله** لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فكان تابعاً في الولاء فيجعل تابعاً لاب لان الاب هو الاصل في الولاء لكونه بمنزلة النسب **قوله** بخلاف ما اذا اعتنت المعتدة عن موت وطلاق فجاءت بولد لافل من سنتين وفي بعض النسخ لاكثر من سنتين والصحيح من الرواية لافل من سنتين بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعاً وقد مر في كتاب الطلاق ان المعتدة عن طلاق رجعي اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعةً لثبوتنا بالعلق بعد الطلاق فان جاءت بولد لافل من سنتين لا يكون رجعةً بالشك لانه لو حمل على وطئه في الددة يصير مراجعاً ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعاً والمرأجة لم يكن فلا يثبت بالشك . *

وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطئ وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مرجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فتعق مقصودا وفي الجماع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعد فولدت اولادا فحصى الاولاد فعقلهم على موالى الام لانهم عتقوا تبعالا منهم ولا عاقله لا يبيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جبر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقله الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصور الان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكدب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العاوق كانوا مجبورين على ذلك فبرجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من اعرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابى حنيفة ر ح قال رضي الله عنه وهو قول محمد ر ح قال ابو يوسف ر ح حكمه بكم ايده لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبد الله هالك معنى ولهم ان

قوله وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت صورته في فصل الموت ان كان مكاتب مات عن وفاء او ولد مولود في الكتابة وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد اكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لاقل من سنتين وعليه يدل التعليل المذكور فيها فالظاهر انه وقع من المكاتب **قوله** وكانوا مجبورين على ذلك اي قوم الام كانوا مجبورين على اداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذلك يرجعون **قوله** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحا كداني المغرب وصورة المسئلة ان الحر العجمي الذي ليس بمعتق لاحد سواء كان له ولاء موالاة لاحد او لم يكن كداني الزاد وشرح الاقطع في الفوائد الظهيرية هذه المسئلة على وجوه ان زوجت نفسها من عربي فولاء الاولاد تقوم الاب في قولهم لان الشرف بانساب العرب اقوى وان زوجت نفسها من اعجمي له (اباء)

(كتاب الولاء)

ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم
ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه
الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة
والعقل لان تداصرهم بها واغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة
والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا في الجامع الصغير ونطبي كافر تزوج بمعتقة فوهم ثم
اسلم النبي ووالى رجلا ثم ولدت اولاد اقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي
ايهم قال ابو يوسف رحمه الله موالي ايهم لان الولاء وان كان اصعف فهو من جانب الاب

اباء في الاسلام فولاء الاولاد تقوم الاب عند ابي يوسف رحمه الله وعلى قولهما يختلف
المشايخ حكى عن ابي بكر الاعمش وابي بكر الصغار رحمهما الله انه تقوم الاب وقال غيرهما
تقوم الام وان زوجت نفسها من رجل اسلم من اهل الحرب والى احد انه او ام بوال فهي
مسئلة الكتاب وان زوجت نفسها من عبدا ومكاتب فولاء الولد لموالي الام اجماعا الا اذا
عتق العبد فيجوز الولاء *

قوله ولواء العتاقة قوي معتبر وفي المبسوط ولواء العتاقة معتبر في حق الاحكام من حيث
الكفاءة ومن حيث ان يقدم على ذوالارحام ومن حيث انه لا يقبل الفسخ بعد
التزوج وفي الموالاة انعكس هذه الاحكام وهذا العقده وهوان الحرية والنسب في حق
العجم ضعيف بدليل ان حريتهم بحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكذا
العجم ضيعوا انسابهم الا يرى ان تفاخرهم قبل الاسلام بعمادة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام
فاذا ثبت الضعف في جانب الاب كان هو والعبد سواء **قوله** نبطي كافر تزوج بمعتقة نبطي جبل
من العراق كذا في المغرب والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية لتصور هذه المسئلة اذا المسلمة لا يكون
بحت الكافر بعقد النكاح وغير الكناينة من الكفار لا يجوز ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج
كذا ذكره الجباري رحمه الله في فوائده *

(قوله)

نصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل النسب
 وولاء العتاقة لا يتقبل ولاضعيف لا يظهر في مقابلة التوي ولو كان ابوان معتقين فالنسبة
 اليهم قوم الاب لانهم استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب اولان النصرة به اكثر
قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالدة لقوله عليه السلام للذي
 اشترى عبدا فاعنته هو اخوك ومولاك ما ان شكرك فهو خير له وشراك وان كفرك فهو
 خير لك وشرا له ولومات ولم يترك وارثا كنت انت عصبة وورث ابنة حمزة رضي الله عنه
 على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو
 المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو والى من المعتقد لان
 المعتقد آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارت
 عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة ذوى الارحام *

قوله نصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية لم يجز عليها نعمة عتاق ومعنى هذا
 ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الي قومها بالولاء والنسبة بالولاء قرابة معتبرة شرعا واذا
 كانت عربية فلو انتسب الولد الي قومها انما ينتسب بالنسب والانتساب بالنسب الى الام ضعيف
 جدا فكذلك بواسطة الام الي ابيها حتى يستحق العصوبة بدليل هذا النسب كذا في المبسوط
قوله هو اخوك اي في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم **قوله** فان شكرك
 اي بالمجازة على ما صنعت اليه فهو خير له لانه ابتدعت الي ما بدت اليه في الشرع قال عليه السلام
 من اولت اليه نعمة فليشكرها **قوله** وشراك لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقض بقدرة
 من ثوابك في الآخرة **قوله** وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب عملك كله لك في الآخرة
 وشرا لان كفران النعمة مذموم قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله **قوله** تقدم
 على ذوى الارحام لان النبي صلى الله عليه وسلم قدمه على الردي حيث ورث ابنة حمزة
 وما روي الباقي على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الارحام **قوله** بدليل الحديث الثاني
 وهو تورث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتقد *

(كتاب الولاء)

قال فان كان للمعتق عصبه من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبه من النسب وميراثه للمعتق تأويله ان لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعرضه لانه عصبه على ما روينا وهذا لان العصبه من يكون التناصر به لبيت النسبه والموالي الانتصار على ما مر والعصبه تأخذ ما بقي فان مات الموالي ثم مات المعتق فميراثه لبيت الموالي دون سائر لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق او كاتب او كاتب من كاتبين بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلعم وفي آخره او جروا لعصبتهم وصورة الجرد منها وان ثبتت المالكه والقوة في المعتق من حيثها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الي مولاهما بخلاف النسب لان سبب النسبه فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مدلوله لاما لكه وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى الموالي بل هو عصبته الاقرب فالأقرب

قوله تأويله يعني تأويل قوله ميراثه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبه من النسب ولا صاحب فرض ذي حال اي له حال فرض لا غير اما اذا كان صاحب فرض له حال تعصّب ايضا الاشياء للمعتق ولو كان صاحب فرض فله الباقي بعد فرضه لانه عصبه **قوله** لبيت النسبه اي لتبيلته هو منسوب اليها **قوله** وصورة الجرد منها وهي ما ذكر من قوله فان وادت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جرا لاب ولاء ابنه وصورة جروا لعصبتهم تزوج عبدا امرأة با ذنها بمعتقه قوم فولدت منه اولاد افولاء الولد يكون لموالي الام فلوان المرأة اعتقت هذا العبد جرا العبد ولاء الولد الي نفسه وجرت هي ذلك الي نفسها وصورة جروا لعصبتهم امرأة اشترت عبدا واعتقه ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج بمعتقه قوم فولدت منه ولد افولاء الولد لموالي الام فلوان المعتق اعتق هذا العبد جرا هذا العبد ولاء ولده ثم جرا للمعتق الاول ذاك الي نفسه ثم جرت المرأة ذلك الي نفسها **قوله** بخلاف النسب اي لا ينسب الولد الى الام يعني ان ولاء العتاقه يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبه بالولاء احداث قوة المالكه بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من (الرجل)

لان الولاء لا يورث ويخلقه فيه من يكون النصره به حتى لو ترك الموالي ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد وحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للمجددون
الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله اقرب في العصوبة عنده وكذلك الولاء لابن المعتقة حتى يرثه
دون اخيه الماذكرنا الا ان عقل جنسية المعتق على اخيه لانه من قوم ابيه وجنسيته
كجنسيته ولو ترك الموالي ابنا واولاد ابن آخر معناه بنى ابن آخر فميراث المعتق لابن
دون بنى الابن لان الولاء للكبير هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي
وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب *

الرجل بخلاف النسب فان سبيه النراش وصاحب العراش هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة
فلا يعارض المال في استحقاق النسب اما الرجل والمرأة في نسبة العتق على السواء *

قوله لان الولاء لا يورث اي لا يجري في الولاء الارث لانه لو كان استحقاق المال فيه
بالارث لكان للدكر مثل خط الانثيين كما في سائر الموارث ولكن يجري فيه الخلافة والخلافة
انما يتحقق لمن يتحقق به النصره والنصره انما يكون بالابن دون الابنة الا ترى ان النساء
لا يدخلن في العاقلة عند تحمل الارش لعدم النصره منهن وعن شريح رحمه الله يورث
كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصب وبه قال الشافعي رحمه الله وقادته يظهر
ان ميراث المعتق بالولاء ولانه لذكرا من آثار الملك فكانه يزول بالعتق بعض المالك
ويبقى بعضه ولكنه ضعيف لان النبي عليه السلام قال الولاء لخدمة كل حمة النسب ولان ثبوت
الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي مملوكية عنه فكيف يكون الولاء جزاء
من الملك كذا في المبسوط **قوله** حتى يرثه دون اخيه الماذكرنا اي انه اقرب في العصوبة
الا ان جنسية المعتق على اخيه لان الميراث بالعصوبة والابن اقرب العصابات فاما عاقلة
المعتق قبيلة مولا واخوها من قبيلتها لانه من قوم ابيه فاما ابنها ليس من قوم ابيه **قوله**
لان الولاء للكبراي لا كبر اولاد المعتق والمراد اقربهم نسبلا اكبرهم ساكنا في المغرب * (فصل)

(كتاب الولاء فضل في ولاء الموالاة)

فصل في ولاء الموالاة

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي ربح الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث أحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محباه ومدااته وهذا يشير الى العقل والارث

فصل في ولاء الموالاة

صورته ان يقول مجهول النسب للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه يكون الثأب لمولى له يرثه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى وله شرائط منها ان يكون من غير العرب لان العربي له نصرة بنفسه اى قبيلته وذلك أكد من نصرة الموالاة ومنها ان لا يكون معتقاً ومنها ان يشترط الميراث والعقل ومنها ان يكون لم يعقل عنه غيره ومنها الاسلام على يده عند البعض والصحيح ان ذلك بشرط *

قوله فميراثه للمولى اى للمولى الاعلى واذ مات الاسفل والاعلى ميت فميراثه لا قرب الناس عصبة الى الاعلى كما في ولاء العتاقة كذا في الذخيرة وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء اى ليس بشيء موجب للارث والعقل **قوله** ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتهم نصيبهم يعنى نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة بدليل ما سبق في وكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والا قربون كان المراد من ذلك بيان (النصيب)

(كتاب الولاء فصل في ولاء الموالاة)

في الحالتين هاتين لان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والمصرف الى بيت المال ضرورة
عدم المستحق لانه مستحق **قال** وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمه او خالته
او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقد هما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد
من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون
المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاضى عن الموالاة *

قال وللمولى ان ينتقل منه بولائه الى غيره مالم يعقل عنه لانه عند غير لازم
بمنزلة الوصية وكذا لا على ان يبرأ عن ولاءه لعدم الملزوم

النصيب على سبيل الاستحقاق اذ لا على سبيل القرابة والبر ابتداء فكذلك
المهراد بما جعله معطوفا عليه لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المهراد بقوله
عقدت ايمانكم القسم بل المهراد الضميمة فان العادة ان المتعاقدين يأخذ كل واحد
منهما يمين صاحبه اذا عانده ويسمى العقد صفقة لهذا وذكور في المبسوط البكري
ان الله تعالى جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث مطلقا من غير فصل بين ان يكون للميت
وارث اخذوا لم يكن الا انه نسخ في حق من كان له وارث اخر بقوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض ولا نسخ في حق من لا وارث له فبقي داخل تحت ظاهر الآية *

قوله في الحالتين هاتين اي في محبة عقلا وفي ممانه ارضا **قوله** ولا بد من شرط العقل
والارث لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكوره ولو شرط الارث من الجانبين كان
كذلك وتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يورث الاعلى من الاسفل لان سببه
الاحياء وذا وجد من الاعلى في حق الاسفل لا من الاسفل في حق الاعلى وهنا السبب
هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط ثبت الحكم **قوله** لان تناصرهم بالقبائل فان قيل
ان التناصر حكمة وهي لا براعي في كل فرد وانما براعي في الجنس كما في الاستبراء
فان الحكمة فيه فراغ الرحم وانها تعتبر في الجملة لا في كل فرد حتى لا يجب الاستبراء (في)

(كتاب الولاء فضل في ولاء الموالاة)

لأنه بشرط في هذا ان يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل فصد بخلاف ما اذا عقد
 لاسفل مع غيره بغير محض من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة *
قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غير دلالة تعلق به حق الغير ولانه
 يصح به القاضي ولانه بمنزلة عوض ثالث كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا
 اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد *
قال وليس للمولى ان يوالي احد الا نذر له ومع بقائه لا يظهر الا دعي *

في من اشترى من امرأة او اشترى امه صغيرة قلنا ان التصاريح لا حكمه فان قيل العلة
 لا ادان يكون موجودا والتصاريح قد يوجد وقد لا يوجد قلنا التصاريح يكون موجودا بحاله
 تحتيد او تقديرا التمام سمي *

قوله لانه بشرط في هذا اي في فسخ عقد الموالاة **قوله** كما في عزل الوكيل فصد اي
 اي عزل الوكيل فصد لا يجوز بدون علمه ويجوز ضمنا فكذلك للمولى الاسفل ان يفسخ
 الولاء بغير محض من الاول في ضمن عقد الولاء مع غيره ولكن ليس للاعلى والاسفل
 ان يفسخ الولاء بغير محض من صاحبه فصد كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه
 فصد فان قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول قلنا لان الولاء
 كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا
 ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول **قوله** وكذا لا يتحول ولده
 اي لا يتحول ولده الى غيره بعد الكبر لان ولاء الاب تاكد بعقل الجنائذ وتأكد
 التبع بتأكد الاتصال فكذلك ليس للاب ان يتحول عنه بعد ما عقل جنائذه فكذلك ليس لولده
 اذا كبر والله اعلم بالصواب *

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله امرء بغيره فينتقي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وبغيره بيان عند تحقق القدرة والدي قاله ابو حنيفة ر ح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعته والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقيق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل *

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريد به والكرة بالفتح اسم منه وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه ثم يفسد به اختياره ان كان ملجيا والا لا يفسد ولا يزول به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء تحقق الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة وبأن ثم مرة ويوجر اخرى وهو آية الخطاب وفي المبسوط ثم في الاكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما اكره عليه ومعنى فيما اكره به فالمعتبر في المكره تمكنه من ايقاع ما تهدد به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان وفي المكره ان يكون خائفا من نفسه من جهة المكره في ايقاع ما تهدد به عاجلا لانه لا يصير ملجأ محمولا طبعيا الا بذلك وفيما اكره به ان يكون متلغا او مرميا او متلغا عضوا او موجبا لما ينعدم الرضاء باعتباره وفيما اكره عليه ان يكون المكره ممتنعا عنه قبل الاكراه اما تحقه او لحق آدمي آخر او لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم (و)

(كتاب الاكراه)

قال واذا اكراه الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجب ردارة فاكراه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالخمس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما اذا اكراه بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستنصر به لقوت الرضاء وكذا الافرار حجة لترجح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك

والاصل ان تصرفات المكروه قولاً منعقدة عندنا الا ان محتمل النسخ منه كايبيع والاجازة يفسخ وما لا يحتمل النسخ منه كالطلاق والعنق والنكاح والتدبير والاستيلاء فهو لازم فاذا عرف هذا فنقول اذا اكراه على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجب ردارة فاكراه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالخمس اي المديد منه ففعل فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدمان الرضاء والرضاء شرط صحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض فان قيل الآية وان اثبت الحرمة بدون الرضاء لكن مطلق قوله تعالى احل الله البيع وحرم الربوا يوجب جواز البيع وان انعدم التراضي فلما البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي والاصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضاء فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند عدمه كما في قوله تعالى من فتيانكم المؤمنات فلنا اول الآية لا بأكلا اموالكم بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضي فيبقى غيره في صدر الكلام توضيحه ان المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف (١)

(كتاب الأكره)

ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لا يقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت المالك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البيعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكره وعدم الرضاء فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البيعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه

التراضي وهو المكروه وهذا نقوله عليه السلام لا تتبعوا الطعام بالطعام الاسواء بسواء وفي المهسوط والحد في الحبس الذي هو اكره ما يجيء الاغتنام البين به وفي الضرب الذي هو اكره ما يجده منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا يتخص منه لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى انه اكره ابطل الاقوار به لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس *

قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله لكونه مكلنا في محله ان الكلام فيه والفساد لا يقد شرعه وهو التراضي ان تأثير فوات شرط الجواز في افساد العقد كما في الربوا فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض فهذا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب ان لا يعود جائزا في الاحوال كلها كما لو باع درهما بدرهمين واشباهه قلنا بيع المكروه يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك له والبيع الفاسد من حيث انه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه فدن حيث انه يشبه البيع الموقوف ففي اي وقت اجازة المالك يعود جائزا ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانا متين اظهرنا شبه الموقوف في حق المالك ولم يوجد المالك بعد القبض لا يثبت شبه الفاسد (عمل)

(كتاب الأكره)

ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان
الفساد لغوت الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل
ومشائخ سدوق قد راجع جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام على ما هو للمعتاد للمحاجة اليه *

عمل فيتعطل العمل بالشبهين فان قيل بيع المكروه دون البيع بشرط الخيار فالبائع هناك رضي
بالسبب دون وصفه وهو اللزوم وهذا البائع غير راض باصل السبب فلما البائع بشرط الخيار
غير راض بالسبب في الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان اضعف من بيع
المكروه لان المكروه راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا لانه عرف
الشربين واختاراهونهما فكان قاصدا مختارا لكن لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه *

قوله ومن جعل البيع الجائز المعتاد ابي بسمرقندي ونواحيها يريد بيع الوفاء وهو ان يقول
البائع للمشتري بعث منك هذا بما لك علي من الدين علي اني مني قضيت الدين فهو لي
قوله ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لان المتعاقدين وان سميا بيعا ولكن غرضهما الرهن
والعبرة في العقود للمعاني فالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة
وهبة الحرية نفسها مع تسمية المهر نكاح والاعارة باجرا جارة ولما كان هذا كالرهن في بدل الرهن
لا يملك المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكة وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك
من عينه والدين سابق بهلاكه في يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا
هلك من غير صنعه والبائع استرداده اذا قضى دينه لافرق بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام
وكان السيد الامام ابو شجاع علي هذا واوصى بنيه عند موته بهذا وحين قدم القاضي الامام
علي السفدي رح من بخارا بسمرقندي فاستفتى بهذا فكتب انه رهن وليس ببيع ففرح السيد
الامام بموافقة فتواه وكان لا يخالفهم في زمانهم الا بعض الشاب وكان ضعيفا وسئل القاضي
الامام الحسن الماتريدي رح ممن باع ذارة من آخر شمن معلوم بيع الوفاء وتقابضاتم
استاجرهما من المشتري مع شروط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزم (الاجرة)

• (كتاب الاكراه) •

قال فان كان قبض الشئ طوعا فقد اُجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لاعلى الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكراه على الهبة ولم يذكر الدفع فهو هبة ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكراهة الاستحقاق لا مجرد اللغو وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع *

• الاجرة فقال لا لانه عند نارهن والراهن اذا استأجر من المرتهن لا يجب عليه الا جريه هذه الاجازة فكذا ثم ممن يجعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكراهة البذر والشهيد تاج الاسلام والامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين رحمهم الله لان الفساد باعتبار فوت الرضاء نصار كبيع المكراهة ومن جعله باطلا يعتبره بالهازل ونمّ انه تواضعا على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فان البيع منعقد لان الهازل مختار راض مباشرة السبب لكنه غير راض ولا مختار لمحكمة فكان كخيار الشرط موبدا وانعقد العقد فاسد اغير موجب للملك كخيار المتبايعين ابد • ومشايع سمرقند وحدهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه وفي الكافي المنسقي والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظة البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكر اشرط النسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس *

قوله وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل يريد به ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض او الاجازة من العوارض فلم يكن الاكراه على البيع اكراه على الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وذليل الاجازة اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع نظرا الى مقصود المكراهة وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك لئلا يضر به لاصورة العقد (قوله)

(كتاب الاكراه فصل - نبل)

ويروى ان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا ياتهم عليه الحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى **إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ** وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة قيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه المبل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الشركان ما جور الان خبير رضي الله عنه صبر على ذاك حتى صلب وساد رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء قال في مثله هو غيبي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزال الدين عزبة

غير متجاني لانهم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصغة انها ميتة او خمر وبالضرورة لا يزول ذلك اذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا ياتهم بالعزبة وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا يتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى **وَدَفْعُ الْفِتَنِ** وفد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة او يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذ انبت الاباحة في حالة الضرورة لم يكن رخصة وكان امتناعه من تناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فياثم الا انه انما ياتهم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان

الاجتهاد فتعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في اول الاسلام اودار الحرب * **قوله** ويروى من التوراة وهوان يظهر خلاف ما يضمن **قوله** الحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به روى ان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلعم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول الله صلعم قال ما وراك قال شر ما تركوني حتى نبليت منك وذكرت آلهتهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال اجدته مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النبل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لاند لا يظن برسول الله عليه السلام انه يأمر احدى بالتكلم بكلمة الشرك **قوله** لان خبير رضي الله عنه صبر على ذلك وقصته ان المشركين اخذوه وباعوه من اهل مكة فجعلوا (يعا)

(كتاب الإكراه فصول)

قال وان اكره على اتلاف مال مسلم باغترخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه وسعد ارح يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخصصة وقد
تحققت واصحاب المال ان يضمن المكرة لان المكرة آله للمكرة فيما يصلح آله له الاتلاف من ذ
القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعده ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثماً لان
قتل المسلم مما لا يستباح الضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والتقصاع على المكرة ان كان القتل عمدا
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد زح وقال فرج يجب على المكرة وقال ابو يوسف
رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما الزهر زح ان الفعل من المكرة حقيقة وحسا

يعاقبونه على ان يذكر آئتهم بخير ويسب محمدا عليه السلام وهو يسب آلهمهم ويذكر
محمدا عليه السلام بخير فاجمعوا على قتله فلما اتقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلي
ركعتين فاجز صلاته وقال انما اوجزت لكيلا تظنوا اني اباخاف القتل ثم سألهم
ان يلقوه على وجهه ليكون ساجدا حتى يقتلوه فابوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء
وقال اللهم اني لا اري ههنا الا وجه عدو فاقرا رسول الله عليه السلام مني السلام ثم
قال اللهم احص هؤلاء عدد داوا جعلهم مددا ولا تبق منهم احدا ثم انشأ يقول (شعر)
* ولست ابا لي حين اقتل مسلما * * على اي جنب كان لله مصرع *
فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول الله عليه السلام افضل الشهداء وقال هو
رفيقي في الجنة فهذا مبني على ان الامتناع افضل *

قوله بخلاف ما تقدم للاستثناء يعني قوله تعالى **الَا مَا اضْطُرُّرْتُمْ اِلَيْهِ** واول الآية وما لكم
ان لا تأكلوا الآية اي واي شيء عرض لكم في ان لا تأكلوا وقد فصل لكم ما حرم عليكم
مما لم يحرم بقوله قل لا اجد فيما اوحى الي محرما الآية وقوله حرمت عليكم الميتة
والدم افوى وقد فصل لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز وجل
الا ما اضطررتم اليه مما حرم عليكم فانه حلال لكم في حال الضرورة لان (الاستثناء)

(كتاب الاكراه فصول)

وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف اليه غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه في جانب المكروه ويوجهه على المكروه ايضا لوجود التسبب الى القتل منه والتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود التصاص ولا يبي يوسف رحمه ان القتل بقي منصورا على المكروه من وجه نظرا الى التائيم واضيف اليه المكروه من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه اثار الحيوة فيصير آله للمكروه فيما يصلح آله له وهو القتل بان يلقيه عليه

الاستثناء من التحريم اباحة وامتناعه من تناول حتى يتلف كما امتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثما فان قيل كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى حالة الاكراه هنا قلنا نعم استثنى من الحرمة فكان اباحة لا رخصة وهذا من الغضب فينتفى الغضب في الاستثنى ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر في الكشف من كفر بالله شرط مبدأ وجوابه محذوف لان جواب شرح دال عليه كانه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الامن اكراه فليس عليه غضب ولكن من شرح بالكفر صدر فعليهم غضب من الله *

قوله وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم اي انه يأنم اثم القتل وانم القتل على من باشر القتل وقد تحقق الفعل منه حقيقة وحسا فان تحقق منه الفعل يؤخذ بفعله الا اذا سقط حكم فعله واضيف اليه غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف اليه غيره وهنالما سقط فيقرر عليه **قوله** والتسبب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما في حد قطاع الطريق يجب على الردء الولاء بالتسبب وكما في شهود التصاص عنده فان الشاهدين لو شهدا على رجل بالقتل العمد نصي المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده **قوله** نظرا الى الحمل اي ان اراه **قوله** ولهما انه محمول على القتل بطبعه اثار الحيوة فيصير آله للمكروه وذلك من الزعة هي التي تعمل بطبعها (كالسيف)

(كتاب الاكراه فصل)

ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الانتم كما نقول في الاكراه على الاعتناق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكروه في الانلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا **قال** وان اكراه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق **قال** ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آله له فيه من حيث الانلاف فانضاف اليه فله ان يضمه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريم الى الحرية او لتعلق حق الغير

كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالدار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففني الجري عليه بموجب الطبع مشابهة بالآلة واستعمل القاتل آله التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذلك يجب القصاص على المكروه ههنا لكون المكروه آله *

قوله ولا يصلح آله في الجنابة على دينه لانه اكرهه على ان يجني على دينه ولو انتقل ذلك الى المكروه لتحقق خلاف المكروه وبطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول **قوله** كما يقول في الاكراه على الاعتناق يعني الاعتناق مقصور على المكروه من حيث التلنظبه وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء لآله لانه لم يصلح آله للمكروه بهذا الاعتبار ومن حيث انلاف المالمية يضاف الى المكروه حتى يكون ضامنا للمالمية وكذا اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكروه من حيث الانلاف حتى يكون ضامنا ولا يقتصر على المجوسي في حق الذكوة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح آله للمشير في حق الانلاف دون الذكوة لان الحرمة يحتاط فيها **قوله** لان السعاية انما يجب للتخريم الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة رح فان المستسعي كالمكاتب عنده وتعلق حق الغير كما هو مذهب مالان عبدهما انما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجب لتعلق حق المعتق لانه لاحق ههنا لغير المعتق ولا نظيره في الشرع وقوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض بعتق عبده (و)

(كتاب الاكراه فصل ل)

وله يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضممان لانه مؤاخذ بالتلافه *

قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما انزله من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلاف للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه موثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن *

قوله ولم يرجد واحد منهما ولا يلزم على قولهما اعتاق السفينة المحجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق المحجور نظرا له ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف المكره فانه غير محجور **قوله** بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تأكد بالدخول اي لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال لانه لا مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال متقوم وتقومه عند التملك بالنكاح لاظهار خطر المهور وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه الا ترى ان ازالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند اتلاف الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيئا ولهذا لا يوجب غلبي شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمنكوحته الغير **قوله** ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحسانا ونفذ تصرف الوكيل والقياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يوثق به الهزل يوثق به الاكراه وما لا يوثق به الهزل لا يوثق به الاكراه لانهما ينفيان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات اذا موكل بسقط حقه بالتقويض اليه فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل *

(قوله)

(كتاب الاكراه فصل)

ويرجع على المكروه استحسانا لان مقصود المكروه زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكروه بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعملان فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ والرجعة والايلاء والغنى فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانب طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكبرها على الخلع ونها لزمه البذل لرضاها بالالتزام **قال** وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود

قوله ويرجع على المكروه استحسانا اي يرجع المكروه بنصف المهر وقبضة العبد على المكروه استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت به اذا الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضرب الا تلاف اليه كما اذا شهد شاهدان ان فلانا وكل بعثت عبده فاعتقه ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكروه زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه حتى لو اكرهه بوعده تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجاما شيئا يتقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا ان اكرهه على اليمين بشيء من ذلك او بغيره لان النذر مما لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان اثر الاكراه في فوات الرضا واثرة في عدم الزوم واثرة في حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يأتى فيه اثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه **قوله** لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطلب به فيها وذلك لانه اوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الالتزام فلوا وجبنا عليه الضمان لاخذنا الحاكم وجبته فيه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز **قوله** الا ان يكرهه السلطان اي حينئذ لا حد (على)

(كتاب الاكراه فصل)

قال : انا اكره على الردة لم تبين امرأته من دلان الردة تتعلق بالاقتاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فانقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه ما احتمل ، واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلم ولا يعاين وهذا بين الحكم ما يميز بينه وبين المدعى الى ان لا يثبت بغيره فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم بسلامه ثم رجع لم يثبت لتسكن الشبهة وهي دائرة للتأمل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لادبانه لانه اقرانه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر بيالي الخبر عما مضى بانت ديانته وقضاء لانه اقرانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

على المكروه اذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الآخر وما في قوله الاول يجب الحد على المكروه اذا زنى وان كان المكروه سلطانا وهو قول زفر راجع وقال الاحد عليه اذا كان المكروه سلطانا *
قوله : فانقول قوله استحسانا فيدل على ان في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البيئونة كلفظ الطلاق ويستوي في ذلك الطائع والمكروه ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما يقع للفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تبدل الاعتقاد فلا يقع للفرقة **قوله** : ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت على امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لادبانه لانه اقرانه طائع باتيان ما لم يكره عليه لانه اكره على انشاء الكفر والاخبار غير الانشاء وهو طائع فيه ومن اقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال صليت به كذبا لا بصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى ما يحتمل لفظه **قوله** : وحكم هذا الطائع ما ذكرنا اشارة الى قوله بانت منه حكما لادبانه **قوله** : ولو قال اردت ما طلب مني اي الانشاء وقد خطر بيالي الخبر عن ماض بانت منه ديانة (قضاء)

(كتاب الاكراه فصل)

وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى، ومحمد آخر غير النبي عليه السلام بانته قضاء لاد يانه ولوصلى للصليب وسب محمد النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانته منته وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا فى كفاية المنتهى والله اعلم *

وقضاء لانه بعد ما خطر بباله قد تمكن من الخروج مما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فان لم يفعل ذلك وانشاء الكفر كان بمنزلة من اجرأ كلمة الشرك طائعا وذلك لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر كان بايمكته التخلص عما اكره عليه باقل مما اكره عليه وهو الاخبار عن الكفر فى الماضى كان بادون الانشاء لان الانشاء كفر فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كان فى الماضى كفر فى القضاء واما فى ما بينه وبين ربه فليس بكفر ومتى يمكن للمكره دفع ما اكرهه عليه باقل مما اكره عليه فان ياتى بالزيادة يجعل طائعا فى الزيادة لانه لا حاجة الى الزيادة فقد انشأ كفرا طائعا فيحكم بكفره فى القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما اذا لم يخطر بباله الاخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب لان هناك لا يمكن دفع الاكراه الا بعين ما اكرهه عليه ويجعل مكروها والمكره على انشاء الكفر لا يكفر فى القضاء ولا فيما بينه وبين ربه وهو الوجه الثالث وهو ان يقول لم يخطر ببالى شيء لكن كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايان فلا تبين منه امرأته استحسانا لانه لم يخطر بباله سوى ما اكره عليه فكانت الضرورة متحققة ومع تحقق الضرورة يرخص له فى اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايان *

قوله وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب اي على السجدة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى، ومحمد آخر غير النبي بانته منته قضاء لاد يانه ولوصلى للصليب وسب محمد النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانته ديانته وقضاء لانه يمكنه دفع ما اكره عن نفسه لانه لما خطر بباله مشتم محمد غير النبي قد وجد مخرجا عما ابتلي به ثم لما ترك ما خطر على باله وشتم محمد النبي عليه السلام (كان كافرا)

(كتاب الحجر)

كتاب الحجر

قال الاسباب الموحنة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الوالي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كبل لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بنوات حته والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصمى ترتقب اهليته فلذلك وقع الفرق *

كان كافرا وان وافق المكره فيما اكرهه لانه وافقه بعد ما وجد المخرج عما ابتلي به فكان غير مضطور في موافقته ومن شتم محمدا النبي من غير اضطرار كان كافرا قال في المبسوط وهذه المسئلة تدل على ان السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب اوسب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبين منكوحته لا قضاء ولا ديانته لانه فعل مكره لانه تعين ما اكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذ لم يخطر بباله غيره *

كتاب الحجر

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجر الاله منع من الكعبة وسمي العقل حجر الاله يمنعه من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل وفي الشرع منع من التصرف قولا بصغر ورق وجنون فالله تعالى خلق الورى على تفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوى النهى ومنه اعلام الهدى ومصايح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعنوه الذي هو ناقص العقل والصبي فانبت الحجر على هؤلاء نظرا فلا يجوز تصرف الصغير اي لا ينفذ * **قوله** ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب اي الذي لا يفيق اصلا **قوله** بحال اي في جميع الاحوال **قوله** كبل لا يتعطل منافع عبده يعني لو لم يثبت الحجر انفذ البيع الذي باشره وكذا الشراء فيلحقه ديون فيأخذ ارباب الديون اكسابه وهي منفعة المولى فيتعطل منفعه (قوله)

قال

ومن باع من هؤلاء شيئاً واشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخ لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرهما فيتحرى مصلحةهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع لوجود ركن العقد فينقصد موقوفاً على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المنسدة وهو المعنوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر لانهم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وهما لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقنا **قال** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال

لانه لا مرد لها وحدها حساً ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع **قوله** ومن باع من هؤلاء شيئاً واشترى وهو يعقل البيع ويقصده المراد بهؤلاء الضبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وهو المعنوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره وهو قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المنسدة لان الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان احقه الاجازة لعدم الانعقاد بقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للمثمن سائب للمبيع والشراء بعكسه وبقوله ويقصده ان يقصد اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهزل فانه لا يقصد حذمه وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فيتحرى المصلحة في تصرف هؤلاء ولا بد ان يعقلا البيع ليتحقق ركن البيع فينقصد موقوفاً على الاجازة فان قيل التوقف يستقيم في البيع اما الشراء فلا يتوقف بل ينفذ على المباشر فلما اشرا اذا وجد نفاذا على المباشر ينفذ عليه كالفضولي اذا اشترى مال انسان لاخر فانه ينفذ عليه ولا يتوقف اما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية كما في الصبي والمجنون او لضرر المولى كما في العبد فيتوقف **قوله** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي ترد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ووجب الحجز من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تمحض ضرراً كالطلاق والعنق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يمكنه الطلاق **قوله** لا مرد لها وجودها حساً ومشاهدة فانه اذا قتل اننا قطع يده واراق (شيئاً)

(كتاب الحجر)

والتقصيد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرج بالشبهات كالحدود والتصاص فيجعل
عدم التقصيد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما
ولا اقرارهما لما بينهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي
والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا ووقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة
ولا ورف الوابي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته
ولا ينفذان بمباشرة بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لمزهما ضمانه احياء لحق المتلف
عليه وهذا لان كون الزلف موجبا لا يترقب على التقصيد كالذي يتلف بالتقلب المائم عليه

شيئا لا يمكن ان يجعل القتل والامتناع والارافق كعدم لانه يورث الى ان لا يكون المقتول
والمتطوع والمراق مقتولا ومتطوعا ومراقا وهو خول في السوفسطائية وانكار الحقائق
بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع اما الانشآت فظاهر اذا التطبيق والاعتاق والبيع
والهبة ونحوه لا يورث في المحل حيا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع واما
الاخبرات كالاقرار والشهادات فموجبها عرفت شرعا لانها دلالات على المخبر عنه
فيجوز ان لا يقع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها *

قوله والتقصيد من شرطه اي التقصيد شرط اعتبارها موجودة انا الكلام المعبر ما يكون موجودا بصورته
ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالتصديق وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون
لهما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على التقصيد فالمائم اذا انقلب على مال انسان وتلفه يضمن
وان عدم التقصيد الا اذا كان التقصيد فعلا يتعلق به حكم يستقط بالشبهات كالحدود والتصاص
فيجعل عدم التقصيد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا
والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والتصاص بالقتل **قوله** الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم
يندرج بالشبهات استثناء من قوله لانه لا مرد لها **قوله** ولا ووقوف للولي على عدم التوافق
على اعتبار بلوغه حد الشهوة اي لا ووقوف للولي على مصلحة الطلاق لان ذا يعتمد (العلم)

(كتاب الحجر)

والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه **قال** فامّا العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجنابته لان نفاذه لا يعري عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله **قال** فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزقه في الحال لقيام المانع وان اقر بعد اوقصاص لزمه في الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق المولى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا وتقول به عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلاً وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تقويت منفعه فينفذ والله اعلم بالصواب *

العلم بتبائن اخلاقهما وتناظر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للمولى بذلك بخلاف سائر العقود لا مكان وتوفقه على المصلحة *

قوله والحائط المائل بعد الاشهاد الحائط اذا تلف به شيء بضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه **قوله** بخلاف القول على ما بيناه اي من ان القصد من شرطه **قوله** لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم لان الحدود والتصاص من خواص الادمية وهو ليس بمملوك من حيث اندامه وان كان مملوكاً من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما فاذا بقي على اصل الحرية فيهما ينفذ اقراره فيهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنني فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والتصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقراراً محرراً لا اقراراً بالعبد ولان قوله تعالى بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص عنه الاقرار بالمال لان النص لم يتناول اقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه فان قيل يحمل النص على المحرر فعلا للتعارض قلنا يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض **قوله** وينفذ طلاقه لما روينا اراد به ما ذكر قيل هذا وهو كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والله اعلم بالصواب *

(باب)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبدرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى يحجر على السفه ويسنع من التصرف في ماله لانه مبدر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يقيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولا يبي حنيفة رحمه الله

باب الحجر للفساد

اعلم ان الحجر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعناق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا وكذا الاسباب الموجبة للمعتوبة كالحودود والنصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع وا تباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفه من عاداته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف بتصرفات لا لغرض او لغرض لا بعدة العقل من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين واللعاين وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارة من غير محمدة واصل المسامحة في التصرفات والبر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا * قوله يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة بان يحرق ماله او يلقيه في البحر وما اشبه ذلك قوله ولهذا منع منه المال اجمعوا على انه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغ لا يمنع منه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما ما دام المنع ما دام السفه * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطيب الجاهل والمفتي الما جن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه ان هودفع ضرر الاعلى بالادنى

قوله لانه مخاطب في هذا الوصف اشارة الى اهلية التصرف لان التكليف يقتضي التمكّن من الاستيفاء جريا على موجب التكليف والاستيفاء انما يكون بالوصول الى الاموال وذلك بالتملك والتملك بالعقل يثبت اهلية التمييز والشرع جعل الرشد سبيل من التصرفات تمليكا وتملكا لهذا المعنى وانه موجود في حق السفه لانه مكلف عاقل كالرشد فكان بسبيل منه **قوله** فلا يتحمل الاعلى انى الحجر لدفع الادنى وهو التذير وهذا لان نعمة المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة اضليّة لان آدمي انما فارقه سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات **قوله** كالحجر على المتطيب الجاهل فانه يسقى الناس في امراضهم دواء مهالكا وهو يعلم بذلك او لا يعلم **قوله** والمفتي الما جن الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له ومصدره المجنون والمجانة اسم منه والفعل من باب طاب كذا في المغرب وفي الذخيرة المفتي الما جن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة بان يعلم المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها ويعلم الرجل ان يرتد فيسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا او يحل حراما فضرر هذا متعد الى العامة **قوله** والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكرا ويواجر الابل وليس له ابل ولا غيرها يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويتصرف هو ما اخذ منهم في حاجته واذا جاء او ان الخروج يخفي هو نفسه فيذهب اموال الناس وربما يصير ذلك سببا لتقاعدهم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد هذا الشخص متعد ايضا والحاق الضرر الخاص لدفع ضرر العام جائزا ما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعدي بل يقتصر عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء فجواز الحجر (في)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولا يصح التماس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظره الشرع مرة باعطاء آية القدرة والجبري على خلافه اسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد **قال** واذا حجر القاضي عليه ثم رفع اليه قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المتضي له والمقتضى عليه

في حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر في المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى السفيه وليا قوله تعالى **فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ** فلما السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من اهل التاويل * **قوله** ولا يصح التماس على منع المال هذا جواب عن قولهما ولهذا منع عند المال اي اذا بلغ سفيهها يمنع عند المال بالاتفاق **قوله** لان الحجر ابلغ منه في العقوبة اي لان الحجر عن التصرف ابلغ من منع المال من يد في العقوبات لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق اللسان واعتبار البيان نعمة اصلية فبيان جواز الحاق ضرر يسير وهو المنع عن المال بتقويت نعمة زائدة لا يستدل على جواز الحاق الضرر العظيم به بتقويت النعمة الاصلية **قوله** لانه عاجز عن النظر لفسد يعني ان الصبي لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة الى صيرورة الغير وليا له فيصير الصبي موليا عليه والمولى عليه لا يلي التصرف اما السفيه فتاد على النظر لنفسه لا تعطى له القدرة من العقل والبلوغ وان كان يعدل عن سنن العقل **قوله** ومنع المال مفيد هذا جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد **قوله** لان الحجر منه فتوى هذا جواب عما يقال تصرف المحجور بالسفند بحكم القاضي ينبغي ان لا يتعدا اصلا عند ابي حنيفة ربح ولا يكون لغرض آخر ان يبطل الحجر لان القضاء الاول لا يلقى محال الاجتهاد فلا يقبل النقص لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون فتوى وليس بقضاء وهو على قول محمد ربح ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه حتى كان مفسدا لما له وعند ابي يوسف ربح وان كان يحتاج فيه الى حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه ثبت بقضائه ما لم يكن ثابتا ولكنه فتوى من وجه لانه لم يوجد شرائط القضاء وهو المتضي له والمقتضى عليه (و)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولو كان قضاء بنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقتضى بطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لانصال الامضاء به فلا يقبل التنازل بعد ذلك ثم هذا بي حنيقة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فان بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وثلاً لا يدفع اليه ماله ابد احتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفة فيبقى ما بقي العلة وصار كالصباء ولا يبي حنيقة رحمه الله ان منع المالح عنه بطريق التأديب ولا يتادب بعد هذا ظاهراً وغالباً الا ترى انه قد يصير جداً في هذا السن فلا فائدة للمنع فنزح الدفع والدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الحجر فرفع الى قاض وجرت النخ ومدة بينه وبين عاقدة فقتضى القاضي عليه باطل التصرف وصح الحجر فانه يصير متفقاً عليه فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ونظيرة القاضي اذا قضى بجواز بيع ام الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفقاً عليه لانه فترى وبعد الخصومة صار متفقاً عليه *

قوله ولو كان قضاء يعني ولئن سلم ان حجر القاضي قضاء بأن يجعل السفة مقتضياً له من حيث ان الحجر ما ثبت الا نظر اليه والقضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقتضياً عليه فاذا وجد القاضي له والمقتضي عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفاً فلا بد من قضاء آخر لتفاد هذا القضاء

قوله ولا يبي حنيقة رح ان منع المالح عنه بطريق التأديب يعني ان منع المالح عنه على طريق مشائخنا ثبت بطريق العقوبة عليه ليكون زجراً له عن التذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدد ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم حده عندنا لا نأقول انما كان كذلك لكونه تابعاً لما هو حسي وهو اقامة الحد لا مقصوداً بنفسه **قوله** الا ترى انه يصير جداً في هذا السن وذلك لان ادنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنا عشرة سنة ثم يولد له ابن لسته اشهر (لان)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتناول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رجع لو بلغ رشدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصباء في الآية انى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعند ما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفير المائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازة الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا لا يتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يقتل البيع ويتصدده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رجع لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائريين الضرر والنظر والحجر لظرو فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رجع لا يجوز

لان اقلام مدة الحمل ستة اشهر ثم يبلغ ابنه باثنتي عشرة سنة ثم يولد له ابن ستة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو فرض ما مقام الابن البنت تصير جدة في اثنتين وعشرين سنة لان ادنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه اصلا فكان الجد متناهما في الاعالة فاذا لم يونس رشده في سن تناهت اصلته عرفنا انه انقطع رجاء التأديب منه فلا معنى لمع المال عنه بعد ذلك اذا منع كان للتأديب وهو لم يبق محلا للتأديب في حق ماله *

قوله ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ لان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصباء وبقاء اثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر الصباء وحدث ضرب من الرشد لا مجال له لانه حال كمال لبه فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمانى عشرة سنة فقد زائدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا **قوله** دائريين الضرر والنظر لانه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي ملكه كما كان ففي ابقاء الملك له نظروني اهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح احد الجانبين منه لا بقضاء القاضي توضيحه ان السفه ليس بشيء محسوس (و)

(كتاب الحجج باب الحجج للفساد)

لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصباء وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبده فقد عتقه عندهما وعند الشافعي رج لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجج وما لا فلا لان السفه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقل لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا لتقصان في عقله فكذلك السفه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجج بسبب السفه بمنزلة الحجج بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرفوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيده لان الحجج لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القبية كما في الحجج على المريض وعن محمد ر ج انه لا يجب البعيلة لانها لو وجبت انما تجب حق المعتقد والبيعانية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتقد ولود بر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته

وانما يستدل به بان يغيب في التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستجلاب تلوذ المجاهدين

وان كان محتلا مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي *

قوله لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه والفرق لمحمد ر ج بين حجر السفه حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو ان حجر السفه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فاشبه الجنون ونم يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا ههنا وما الحجج بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بنصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لان له ولاية عليه فيعمل حجة فاما الغريم فلا ولاية له فلا يجوز حجة **قوله** لان السفه في معنى الهازل فان قيل ان السفه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا اعتق عبده لا يجب السعاية على العبد فينبغي ان يكون السفه كذلك قلنا الحجج على السفه للنظر والنظر في السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور **قوله** والاصل عنده اي عند الشافعي رج ان الحجج بسبب السفه بمنزلة الحجج بسبب الرق حتى لا ينفذ (بعد)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

الا انه لا يجب السعاية مادام المولى حياً لانه باق على ملكه واذ مات ولم يرأس منه الرشد
سعى في قيمته مدبراً لانه عتيق بدوته وهو مدبر نصاركما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد
فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرار الجارية ام ولد له لانه محتاج الي ذلك لابقاء نسله
فالحق بالمصلحة في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على
بيعها وان ماتت شعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف
الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى وادجاريته فهو على هذا التفصيل *

قال وان تزوج امرأة حرة نكحها لانه لا يرثه فيهنزل ولانه من حوا نكح الاعلية وان سدها
مهر اجار مندمندار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح ويحل الفصل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام
بالنسية ولا نظره فيه فلم تصح الزيادة نصاركما لمريض مريض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها
وجب لها النصف في ماله لان النسبة صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة
بعد الحجر شيء من تصرفاته الا الخلق كالمزوق في وجهه ان اسفد لا يزال الخطاب ولا يخرج
من ان يكون اهلاً لالتزامه العتوبة باللسان باكتساب سببها او بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما
ان بالرق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه قلنا
لا يجوز ان يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك حجر لحق الغير في المحل الذي
يلاقيه حتى ان فيما لاحق للغير فيه يكون نافذا كاقتراره بالحد والتصاص *

قوله الا انه لا يجب السعاية مستثنى من قوله فيعتبر بحقيقته اي بحقيقته اعتاق المحجور بسبب
السفه يجب السعاية ولا يجب السعاية على مدبرة في التدبير مادام المولى حياً لانه
بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه لما
بقي على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه ديناً تعذر ايجاب نقصان التدبير عليه
الاترى ابنه لود برعبده بمال وقبل العبد صم التدبير ولا يجب المال **قوله** ونظيره المريض
اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل المريض المديون اذا ادعى ولد جاريته اي قال
لامته هذه ام ولدي ان كان معها واد لا تسعي في قيمتها للغرماء وان لم يكن معها سعت (في)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

اوكل يوم واحدة لما بينا **قال** ويخرج الزكوة من مال السفيد لانها واجبة عليه وينتق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والاتفاق على ذي الرحم واجب عليه حق القرابة والسفد لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيت لكونها عبادة لكن يبعث مينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نية وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك مما يجب ابتداء بغير فعله **قال** فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صناعه ولا يسام القاضي النفقة اليه ويسلمها اليه ثمة من الحاج بنفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه في جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير فكذلك في دفع حكم التحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها هنا فاقرارها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى في قيمتها بعد موته كما لو اعتقها *

قوله اوكل يوم واحدة يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه من ضرورات الكاح وبهذه المسئلة احتج ابو حنيفة ر ح انه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا الطريق بان يتزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فاما خذ امرأة منه ذلك المقدار جبرا فيتلف ماله بهذا الطريق انا عاجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا اضل من اتلاف ماله بطريق الهبة ان هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في الزوج والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق بطلاق **قوله** بل يكفر بمينه وظهاره بالصوم لان يده متصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون له دين على انسان او غصب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه فله ان يكفر بالصوم * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لا خلافا للعلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف ان عند عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزئه غيرها وهي جزر او بقرة فان مرض او صاب بوضا يافى القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثة لان نظره فيه اذهي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء واثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي **قال** ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لما له عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجراله وعقوبة عليه كما في السفينة ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولما قوله تعالى فان استم منهم رشد فان دعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس منه نوع رشد فتناولته النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم وتحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهوان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له *

قوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا في القياس لا يعطي له نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع فصار كما لو اراد الخروج للحج تطوعا بعدما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا **قوله** ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف الثامن يلزمه هدي ويجزئه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه افضل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول لا يجزئه الابدية وهي بقرة او جزر وهو اذا ساق البدنة فقد تصدبه التحرز عن موضع الخلاف واخذ بالاحتياط في امر الدين واراد ان فعله اقرب الى فعل رسول الله عليه السلام فلا يمنع عنه **قوله** وقد اونس منه نوع رشد وهو الاصلاح في المال فتناولته النكرة المطلقة وهي في قوله تعالى وان استم منهم رشد والنكرة في موضع الاثبات يخص واذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ولان الرشد في المال مراد اجما عا فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا يعم النكرة المطلقة ولان الدفع معلق باینس رشد واحدا لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدین **قوله** بسبب الغفلة وهوان يغبن في التجارات فان قيل ينبغي (ان)

(كتاب الحجر ٠٠ باب الحجر للنسأد ... فصل في حد البلوغ)

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله واولا رح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن فى التاسع عشر سنة ويتم له ثمانية عشر سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الغاشية فى ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده واشد الصبي ثمانى عشر سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعد الفتى وهذا اقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فتقصنا فى حقهن سنة

ان لا يحجرا لان النبي صلى الله عليه وسلم ما حجر على حيوان بن متهذ وكان يغبن فى التجارات فلما الحق المغنل فى التجارة بالسفينة بدلالة النص اذ الحكم فى السفينة ثابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالهم لم يعارضه خبر الواحد والله اعلم بالصواب *

فصل في حد البلوغ

قوله وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وفى الكافي للعلامة النسفي والسن الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا اليه خمس عشرة سنة عند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله الفتوى **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه اي فى الرشد وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة **قوله** فبنى الحكم عليه للتيقن (به)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة **قال** واذا راق الغلام
والجارية الحلم واشكل امره على البلوغ يقال قد بلغت القول قوله واحكامه احكام البالغين لانه لا يعرف
الامن جهته ما ظهر اذ اخبر به ولم يكذبهما الظاهر قيل قوله ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحبس *

باب الحجر بسبب الدين

قال لو ديفه روح لا حجر في الدين واذا وجبت دين على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر
عليه لم حجر عليه لان في الحجر اهدار اهلته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم ينصرف
فيه الحاكم لانه نوع حجر ولا نه تجارة لاعين تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسها اذا احتج
ببيعته في دينه اثناء الحق الغرماء ودفعوا ظلمه وقالوا اطلب غرماءه انكس الحجر عليه حجر القاضي
عليه ومنعه من البيع والتصرف والامر حتى لا ينصرف الغرماء لان الحجر على السفينة انما جوزه
نظرا وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجى مدينون حقهم ومعنى قوله ما منعه من البيع
ان يكون باقيل من ثمن المثل اما البيع بشئ المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه *

به فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا
اول الآية ولا تقربوا مال اليتيم ان الله مد الحكم الى غاية الاشد وقل ما نيل في تفسيره ثمانى
عشرة سنة وهو المتيقن ان لو مد الى اقصاه لا بد وان يستد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون
ممتدا الى اقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليه فينبى الحكم عليه *

قوله لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة اي زناسته في حق
الغلام لتوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوي مزاجه **قوله** واذا راق الغلام والجارية
يقال راقه اي دنا منه رهقا ومنه اذا صلى احدكم الى ستره فليرقها وصبي مراق
مدار للحكم كذا في المغرب والله اعلم بالصواب *

باب الحجر بسبب الدين

قوله لانه عساه يلجى ماله بان يواضع احد اعلى ان يقر له المال عند الناس ولا يطالبه ذلك
الرجل بالمال فيفوت حق الغرماء او يبيع ماله تلجئة مرم عظيم لا يمكن الانتزاء مرم يده (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال ربا ع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمانه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لا يفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع نائب القاضي منابه كما في الحب والعنة فلنا الثلجثة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاق الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرار ابهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المدينون فلا يكون مشروعاً **قال** وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغیر امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير وعلى ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابني حنيفة ر ح استحسان وانقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبراً وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عدلاً بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بضمورها واعيانها اما النقود فوسائل فافتراقا وبيع في الدين المقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون ويترك عليه دست من نياب بدنه وبيع الباقي لان بد كفاية وقبل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس *

قوله كما في الحب والعنة المحبوب اذا ابى ان يفارق امرأته نائب القاضي منابه في التفريق والعنين بعدمضي المدة اذا ابى ان يفارق امرأته نائب القاضي منابه ايضا في التفريق **قوله** والحبس لقضاء الدين الى آخره هذا جراب عما فالالبيع مستحق عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين ببي طريق شاء واراد الا لاجل البيع كما زعم كيف ولو صح البيع من القاضي مال المدينون لكان الحبس اضراراً في حق الدائن بتاخير حقه الى زمان تحقق امتناع المدينون عن البيع وفي حق المدينون بتعذيب الحبس فوجب ان لا يكون مشروعاً ان حبس المدينون ما شرع الا نفع الدائن والحبس مشروع اجماعاً فدل ذلك على انه ليس للقاضي ولاية البيع وهذا لا ينقلب (لان)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاترار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا يرد له ولو استفاد ما لا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيد لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر

قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق المغمراء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا التزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للمغمراء *

لان حبس المدينين على اعتبار عدم ولاية البيع المتاضي لا يشتمل على ضرر الدائن بتأخير حقه لان للمدينين ولاية البيع في كل لحظة بخلاف التاضي وفي الذخيرة فمن مشائخنا من قال مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالافلاس لان من شرط صحة الحجر على المدينين القضاء بالافلاسه اولاً ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يكون يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بخلاف الافلاس عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة روح الافلاس في حالة الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس اولاً وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل المسئلة مسألة مبتدأة فعلى هذا نقول المانع من الحجر عند ابي حنيفة روح كونه الحجر متضمناً لاحاق الضرر بالحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس والدليل لابي حنيفة روح ايضا في اثبات مذهبه قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبيع المال على المدينين بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرء الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعله عملاً بهذا الظاهر والمعنى فيه ان بيع المال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضي ان يباشر ذلك عند امتناعه كما ان القاضي لا يواجره ليقضي دينه من اجرته وكذلك اذا وجب الدين على المرأة فان القاضي لا يزوجه بالتضي الدين من صداقها *

قوله بخلاف متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير (في)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غراماً وحسبه وهو يقول لا مال لي جسده الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا يعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البيعة انه لا مال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرراً عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه لانه قضاء احدي الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى *

قال ولا يحول بينه وبين غرامته بعد خروجه من الحبس بل يلزمونه ولا يمنعونهم من التصرف والسفر لقوله عليه السلام اصحاب الحق يدولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي *

في حال الحجر يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لساير الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر الذخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه او بشهادة شهد واعلى الاستقراض او الشرى بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر *

قوله ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له خادم اخرجه ومن ابي يوسف انه لا يخرج من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء **قوله** والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح وقال بعضهم لا يمنع من الاكتساب في السجن لان فيه نظراً الى الجانبيين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فانه اذا فصل منه تصرف ذلك اليه والاصح انه يمنع ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه **قوله** ولا يحول بينه وبين غرامته لقوله عليه السلام اصحاب الحق يدولسان فوجه التمسك به وهو ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال واخذون فضل كسبه يتسمه بينهم بالخص لا ستواء حقوقهم في القوة وقالوا اذا ائلسه الحاكم حال بينه وبين الغهاء الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالاولاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غدير النحل وان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح المدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار ترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا اذا الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لاحتاج لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لا اختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضررين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفع الضرر عنه واوكان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها **قال** ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر التافهي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقده معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم وانما الافلاس يوجب العجز من تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعنى الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم *

قوله وصار كالسلم فانه اذا انتطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع انه عجز عن تسليم شيء وهو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في الذمة وبانتطاع المسلم فيه ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشتري بالافلاس من تسليم (العين)

(كتاب المأذون)

كتاب المأذون

الأذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجز واسقاط الحق عند ناو العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجارة عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد. تصرفه الامور جبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه

العين يوجب حق الفسخ للبائع وأن لم يكن العين مستحقا بالعقد ولنا ان الا فلاسما يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد المستحق بالعقد وصف في الذمة ويقبض العين يتحقق بينهما مبادلة حكمية والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طريقا متعينا لدفع ضرره والوصول الى حقه لجواز ان يظهر له مال لم يكن له علم به او يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد وبخلاف السلم لانه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم اعطي له حكم الدين الواجب في الذمة لان الاستبدال فيه ممتنع شرعا فكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ذلك *

كتاب المأذون

الأذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجز الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق حق الغير بها وانه بالاذن اسقط حقه فعاد متصرفا لما لكتبه الاصلية واهليته لنفسه وهذا لانه اهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرفات كلام معتبر شرعا الصدورة عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة للالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق فصلاحيته الذمة للالتزام من كرامات البشر والرق لا تخرج من ان يكون بشر الا ان ذمته ضعيف بالرق فلا يجب المال فيها الا شاغلا مالية الرقبة وهي حق المولى فحجز عن (التصرف)

(كتاب المأذون)

ولهذا لا يرجع بمالحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوماً كان مأذوناً ابداً حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تنوقت ثم الاذن كما اثبتت بالصريح ثبت بالدلالة كما اذا رآي عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً للزفر والشافعي راجح ولا فرق بين ان يبيع عيناً مملوكة للمولى او الاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعاً صحيحاً او فاسداً لان كل من رآه بظنه مأذوناً له فيها بيعاً قد فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ولو لم يكن المولى راضياً به لمنع دفعاً للمضرر عنهم

التصرف لحق المولى كيلا ينطّل حقه بلا رضاه فقد اسقط حقه فعاد العبد متصرفاً لما لكينه الاصلية وفي الذخيرة وانما قلنا ان العبد متصرف بحكم مالكينه الاصلية لان تصرفات العبد ينتهي على الشراء لان اول تصرف يباشره العبد بعد الاذن في التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في حقه وهو ذمته بايجاب الثمن فيها لان الثمن يجب في ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد بحيث لو امتنع عن ادائه في الحال يحبس وذمته خالص حقه ولهذا الواقع على نفسه بالقصاص صح وأن اكد به المولى واذا ثبت ان محل الشراء خالص حقه كان الشراء حقاً له وهذا المعنى تقتضي نفاذ تصرفاته في الاحوال كلها قبل الاذن وبعده ولكن شرطنا الاذن لاننا نأخذ تصرف العبد وصحته بل معنى آخر وهو ان يصير المولى راضياً بالضرر بتصرف العبد لان تصرف العبد لا ينفك عن شغل رتبة العبد وكسبه وهو معنى ما قالوا ونحجّره عن التصرف اي قبل الاذن لحق المولى * **قوله** ولهذا لا يرجع بمالحقه من العهدة على المولى يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته **قوله** ولهذا لا يقبل التاقيت اتركون الاذن اسقاط الحق **قوله** لان الاسقاطات لا تنوقت كالطلاق والعناق فان قيل لو كان اسقاطاً لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان الساقط يعود **قوله** فيعاقده فيتضرر به اي فيما اذا الحقته ديون ثم قال المولى ليس بمأذون يتأخر الديون الى ما بعد العتق (ولا يدري)

(كتاب المأذون)

قال وإذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول لئذا نعت لك في التجارة ولا يقيد به ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدله من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولما عا وشترى بالغن المسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالغنا حش عند ابي حنيفة راح خلا فالهما هما يقولان ان البيع بالغنا حش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المربض من ثلث ماله فلا ينظمه الاذن كالمهمة وله انه تجارة والعبد منصرف باهلية نفسه فصار كالحرة وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون

ولا يدري منى يعتق وهل يعتق ام لا فيكون فيه اتواء حتى يراه يبيع ويشترى وام بينه يثبت اذنه اذ لو لم يكن راضيا به لمعذ ذفع للضرر عنهم حملا لتعبد على ما يتضمنه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام بعد امر يعاينه عن التغير والتكثير وسكوت المبكر والشفيع بخلاف ما اذا رأى انسانا يتلف ماله او يبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك المربضين اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت ولم ينهه عن البيع لا يصير اذنا له في البيع وكذلك اذا رأى عبده يتزوج او رأى امته تزوجت فسكت لا يصير اذنا لهما في النكاح لان الضرر في هذه الصور متحقق في الحال وضرر المولى في ثبوت الاذن اذا رأى عبده يبيع ويشترى متردد قد يلحقه وقد لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به يتصور الناس في معاملاتهم *

قوله في سائر التجارات اي في جميعها **قوله** ومعنى هذه المسئلة ان يقول اذنت لك في التجارة ولا يقيد به اي ولا يقيد الاذن بنوع من التجارة فحينئذ يكون ما ذونا في جميع التجارات بالاتفاق اما لو قيد بنوع منها بان يقول اذنت لك في التجارة في البحر يكون ما ذونا ايضا عندنا في جميع انواع التجارات خلا لافزوا والشافعي راح فكان فائدة ذكر معنى المسئلة نفى الخلاف لان لا يكون ما ذونا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها **قوله** ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس لانه محلى بالالف واللام وهما الاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود بتقيده فيستغرق جنس التجارات * (قوله)

(كتاب المأذون)

لو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان ممن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ان جميع المحاباة والا فارد بالبيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يؤكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه *

قوله ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال هذا اذا كان مولاه صحيحا اما اذا كانت المحاباة فيه في مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيها وبما لا يتغابن فيه حائزة في قول ابي حنيفة ربح من ثلث مال المولى سواء كان ذلك في البيع او في الشراء لان العبد بائناك الحجر عند الاذن صار مالا للمحابة مطلقا في قول ابي حنيفة ربح حتى لو باشر في صحة المولى كان صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر ذلك من ثلث ماله المحابة اليسيرة والغاشية في ذلك سواء فكذلك اذا باشر العبد وفي قول ابي يوسف ومحمد ربح محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فاما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحابة بالاذن له في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين محيط برقبة العبد وبما في يده او امال له غيره فحابى في مرض المولى لم يجز محابة العبد بشيء لان مباشرة كمباشرة المولى وقيل للمشتري ان شئت فانقض البيع وان شئت فاد المحابة كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرع هو به فيخبر لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برقبته وجميع ما في يده فمحابة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بل حقوق الدين اياه والمحابة وان حانت على الغرماء فانما هي عن مال المولى كذا في المبسوط **قوله** ولا وارث للعبد ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا سقط حقه في الثلثين فانه يتخذ تصرف المريض في الكل **قوله** وله ان يسلم ويقبل السلم اي ولما ذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه *

(قوله)

(كتاب المأذون)

قال وبرهن وبرهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنع التجار وبأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشترى طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر به وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وبأخذها لانه من عادة التجار ولان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه **قال** فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر الشافعي رح لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة عن المولى لانه يستفيد الولاية من جهته وبثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك خجرة فينخصص بها خصه به كالمضارب .

قوله ويملك ان يتقبل الارض اي يستاجرها **قوله** وله ان يشارك شركة عنان قيد بالعنان لانه ليس له ان يشارك شركة مغاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها الا ان المفاوضة ان كانت لا يصح مغاوضة يصح عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصيح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة . ثم شركة العنان انما يصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشرى بالنقد والنسيئة اما لو اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة عن صاحبه وليس في النقد معنى الكفالة عن صاحبه فيصح بقدر ما يملك ولا يصح بقدر ما لا يملك كما لو شارك شركة مغاوضة صح عنانا لذلك **قوله** وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح لان عنده المأذون نائب عن المولى وهو نائب جعله نائبيا في التصرف في كسبه ومنافعه لانه ليست من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه (ان)

(كتاب المأذون)

والله استأط الحق ونك الحجر على ما بيناه و عبد ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص
بوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فثبت له الولاية من جهة

ان رقبته ليست من كسبه لانه لا يملك بيعه اولا وهما يد بين عليه ليس من كسبه فهو لا يملك
التصرف فيه بالاجارة وآه عندنا الاذن فك الحجر عن المأذون بمزونه الكتابة والمكاتب
ان يواجر نفسه فكذلك المأذون ولا يملك الكتابة يتعلم بها التزيم والاذن لا يقول ان محال
التصرف لا يختلف بكونه لازما او غير لازم كالبيع مع الهبة فان محال التصرفين واحد وهو العين
وان كان احدهما يلزم والاخر لا يلزم ونحن انما شبهنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر
ثم انذاك الحجر يثبت لما يد على منافع يملك الاعتياض عنها كما يملك المكاتب وما كان
المأذون ان يعبر غيره بصفة فلا يكون له ان يواجر نفسه اولى لان الاجارة اقرب اليه مقصود
المولى من الاجارة وما ذكره الشافعي رحمه يستتض بالحرف انه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع مناعه *

قوله والله استأط الحق ونك الحجر على ما بيناه اشارة الى ما قال في كتاب المأذون
وفي الشرع فك الحجر واستأط الحق لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف ولا يلزم ان المولى
اذا اذن لعبد في نكاح امرأه بعينه ليس له ان يتزوج غيره مع ان الاذن فك الحجر لان النكاح ليس
تأثيرا لتجارة لان النكاح تصرف مملوك المولى عليه ولا يصح له الابولى اما بولاية نفسه او غيره عليه
والرق يخرج من ان يكون اهلا للولاية على نفسه فكان نائباً عن المولى في النكاح ولهذا قلنا
ان المولى يجيزه على النكاح وتصرف النائب على قدر اذنية الاصل **قوله** بخلاف الوكيل لانه
يتصرف في مال غيره قل الوكيل بالبيع يتصرف في مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف في ذمة
غيره لانه يثبت له حق الرجوع عليه ولم يكن الموكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر
فصار نائباً وتصرف العبد يلاقى محلا هو ملكه والمتصرف في ملكه لا يكون نائباً عن غيره بانه
ما ذكرنا ان اهل التصرف بعد الاذن الشراء لانه لا يملك شيئاً لبيعهه وبالشراء يلزم الثمن في ذمته
وهي مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب في ذمة عبده * (قوله)

(كتاب المأذون)

وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه **قال** وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لأنه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعاماً رزقاً لاهله وهذا لأنه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما إذا قال أذن لي الغلة كل شهر كذا أو قال أذن لي الفأوانت حبر لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب أو قال له إقعد صباغاً أو قساراً لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع *

قال وأقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالمودائع لأن الأقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتناب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الأقرار في صحته وإن كان في مريضه يقدم دين الصحة كما في الحر

قوله وحكم التصرف وهو الملك أي ملك اليد واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه وإذا كان الأذن من المولى استقطا الحق لا إذابة للعبد مناب نفسه في التصرف فلا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما إذا رضي المستأجر ببيع عبده من زيد دون عمرو أو سلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعاً من التصرف دون نوع فإنه لا يعتبر التقييد لأن ذلك منه إسقاط لحق المنع **قوله** ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة قيد به لأنه إنما يكون استخداماً إذا أمر بتصرف واجد أما إذا قال اشتري ثوباً وبعده يكون مأذوناً **قوله** لأنه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام فإن كل من علم أنه لو أذن لمملوكه في شراء بقل أو جمد بفلس أو ما أشبه ذلك يصير مأذوناً في التجارة فبعد ذلك يصح إقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوي بذلك رقبته وكسبه فيمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيغوث عليه مقاصدة في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الإذن في بعض الصور أذناً في التجارة وفي بعضها جعلناه استخداماً فالإفصال بينهما إذا أذن له بعقد منكرة مرة بعد أخرى يعلم أن مراده الربح يجعل ذلك أذناً في التجارة (كما)

(كتاب المأذون)

بخلاف الإقرار بما يجب من المال لاسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه * **قال** وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مملوكه وقال ابو يوسف ر ح يزوج الامه لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارنها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف المصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي **قال** ولا يكتاب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة

كما اذا قبل اشترائي ثوبا وبعه لانه امره بعقود متكررة وكذلك لو قال بع ثوبي هذا واشتر بثمانه كذا يصير ما ذونا في التجارة واذا اذن له بعقودا حدا يجعل ذلك اذنا في التجارة بل يعتبر استخدما كما اذا قال اشترائي ثوبا للكسوة لانه امره بعقودا حدا فلا يكون هذا اذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل *

قوله بخلاف الإقرار بما يجب من المال لاسبب التجارة كما لو اقر بجناية على حرا وعبد او مهر وحب عليه بنكاح جائز او فاسد او شبهه فان اقراره باطل لا يواخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار اقراره فيها و اقرار المحجور سواء **قوله** وعلى هذا الخلاف التي قوله والاب والوصي ففي هذه الرواية نظر لانه اشار قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما ان يزوجا امه الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رفيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستناده المهر وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والنيمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وذكر في باب نكاح العبد من نكاح المبسوط واذا تزوج الاب امه ابنه وهو صغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا تزوج امه البتيم وكذلك المكاتب اذا تزوج امته وكذلك المفاوض اذا تزوج امه من الشركة لان تزويج الامه من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها منه وهو لاء الاربعه يملكون الاكتساب (و)

(كتاب المأذون)

لا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه وبصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابه سفير **قال** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولي ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يصدق لانه كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة *

وذكر في نكاح البينة ووصاياها الاب والوصي بملكان تزويج امته الصغير ولا يملكان تزويج عبده فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان *

قوله الا ان يجيزه المولى فحينئذ يجوز ان الم يكن عليه دين لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة ويكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ويانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة **قوله** ولا دين عليه قيد به لانه لو كان عليه دين كثير او قليل بكتابه باطله وان اجازة المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثرو كما لو اخذه من يده وعليه دين واذ الم يكن على العبد دين وكان عبده فادى المكاتب جميع المكاتبه قبل اجازة المولى لم يعتق لان ما اخذ ملك رفيقه والمكاتبه غير نافذة وان كان المولى اجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا الاول سواء في قول ابي حنيفة رح لان المولى لا يملكه فلا ينفذ اجازته واما عندهما فالمكاتب حرم المولى ضامن لقيمه للغرماء والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستوفونها لدينهم لان ما ادى قبل الاجازة يتعلق به حق الغرماء والمولى بالاجازة كانه ابتداء قبض القيمة وان لم يكن عليه دين محيط عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته كذا في المبسوط **قوله** ويرجع الحقوق الى المولى وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز ونبوت الولاء بعد العتق **قوله** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة مع ان المكاتب عبدا ما بقي عليه دينهم فالولى ان لا يملك الاعتاق على مال لانه اعتاق في الحال *

(قوله)

(كتاب المأذون)

قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يصيف من بطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يشت ما هو من ضروراته ومن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى فالوا لا بأس للمرأة ان يتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كما يغفر ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة **قال** ولد ان يحط من الدين بالمعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يوجب في دين واجب له لانه من عادة التجار **قال** وديونه متعانة برقبته يباع للغرماء

قوله لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه اشارة الى قوله استجلابا لقلوب المجاهزين **قوله** يباع للغرماء اي يبيعه القاضي وهذا لا يشك على قول ابي يوسف ومحمد رح لان الدين لو كان على المولى وقد امتنع عن قضاءه كان القاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه فاذا كان الدين على العبد او لى لان دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله مالم يمرض مريض الموت وانما يشك على اصل ابي حنيفة رح لان من اصله ان الحر اذا ركب ديون وامره القاضي بايفاء الديون ولم يوف واراد ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس لذلك بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان ابا حنيفة رح انما قال في الحر لا يبيع القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر عليه فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير اذنه كان حجرا عليه و ابو حنيفة رح لا يرى الحجر على الحر المكلف فلما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضاه الغرماء لا ينفذوا اذا كان محجورا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا (فجاز)

(كتاب المأذون)

الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رح لا يباع عويناء كسبه في دينه بالا جماع لهما ان
فرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان له وذلك في تعلق
الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين
الاستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالاذن ولما ان الواجب في
ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخل تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء

فجاز وكان هذا بمنزلة المركة اذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي ان يبيع المركة على الورثة
اذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حرجا على الورثة لانهم
كانوا محجورين عن بيع المركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضاء الغرماء
فكذا ههنا فان قيل يشكّل بيع الكسب ويند بيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك
بيع الكسب كالحرم المديون فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضاء العبد بل يحبس حتى
يبيع قلنا الجواب عنه ان الاجنقة رح انه لا يرى الحرج على الحر المكلف فاما العبد فيرى
الحرج عليه الا ترى ان المولى يحجره فكذا جاز حرج القاضي عليه ببيع الكسب عليه هذا
اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة
العبد المولى دون العبد الا ترى انه لو ادعى انسان في رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما
فان كان الخصم هو المولى لم يجز البيع الا بحضوره ونائبه بخلاف الكسب فانه يبيع بالديون
وان كان غائبا لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى الا ترى انه ادعى انسان في كسبه
حقا كان الخصم في ذلك هو العبد واذا كان العبد خصما في حق الكسب يشترط حضوره العبد *

قوله الا ان يفديه المولى اي يؤدي جميع الديون ولم يرد به اداء قيمته وهذا لان حق الغرماء
هو الدين فاذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع **قوله** وذلك في تعلق الدين بكسبه اي
تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة **قوله** بخلاف دين (١)

(كتاب الماذون)

حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صليح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لاينا في تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدء بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بباطه في معناها كالمبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والبودائع والامانات اذا جحد ها وما يجب من العقربوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به *

قال ويقسم ثمنه بالخصص لتعلق حقهم بالرقبة فصارت ثمنها بالتركة فان فصل شيء من ديونه طوالب به بعد التحريم لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع المبيع الاستهلاك وانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن وان وجوبه بالجنائية وقبل الاذن يباع بدين الاستهلاك فكذا بعده *

قوله حامل على المعاملة اي حامل للغير على معاملة الماذون وينعدم الضرر في حقه اي في حق المولى **قوله** كالمبيع والشراء نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستيجار الى آخره نظير قوله او بباطه في معناها وصورة وجوب الدين بالمبيع والمبيع ويستحق المبيع والدين هلك في يده **قوله** والاجارة بان يستعمل الاجرة ثم هلكه في يده قبل تمام المدة **قوله** والامانات اذا جحد ها ذكر الامانات بعد ذكر البودائع لان الامانات اعم من البوديقة ومن انواع الامانات مال المصارف والمعاريق والبضائع ومال الشركة وهذه الاشياء عند الجحد بها ينقلب غصبا فكأن الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب لان الامين يصير غاصبا للامانة بالجحد **قوله** وما يجب من العقربوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب عليه العقربوطى سواء ثبت باقراره او بالبينة **قوله** كيلا يمتنع يعني ان المشتري اذا علم ان العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانيا بدون اختياره كما في حق المولى بالاذن في التجارة يمتنع عن شرائه فيمتنع المبيع الاول حينئذ فيتضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانيا *

(قوله)

(كتاب الماذنون)

او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلو له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يرد لها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم **قال** فان حجر عليه لم يحجر حتى يظهر حجرة بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برفقته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الارجل او رجلان لم يحجر ولو بايعوه جازوا ان كان بائعه الذني علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بحضور من اكثر اهل سوقه يحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويقتى العبد ما ذونا الى ان يعلم بالحجر كابو كيل الى ان يدام بالعزل وهذا لا يستلزم حجب بائعه قضاء الدين من خالص ما له بعد العتق وما رضي به وانما يستلزم شيوع الحجر اذا كان الاذن شائعا ما بان الم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه يعلم منه يحجر لانه لا غرة فيه *

قوله او دفعا للضرر عن المشتري لان المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن راغيا ببيعه بسببه الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الاول فانه اذن له في التجارة فكان ملتزما باذنه ضررا لبيع على نفسه **قوله** وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين اي للمولى ان يأخذ الغلة وهي الضريبة التي يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بكسبه لا يحصل المكاسب الا ببقاء الإذن في التجارة ولو منعاه عن اخذ الغلة لحجر عليه فيسد باب اكتساب **قوله** كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام فان الذمي اذا سلم وام يعلم بوجود الصلوة حتى (مضى)

(كتاب المأذون)

قال ولومات المولى اوجن الحق بدار الحرب مرتدا صار مأذوناً محجوراً عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تعدم بالموت والمجنون فكذا بالحرق لانه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته *

قال واذا ابق المعبود صار محجوراً عليه وقال الشافعي رح يبقى مأذوناً لان الاباق لا يتا في ابتداء الاذن فكذا لا يتا في البقاء وصار كالغصب ولما ان الاباق حبر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا مشير بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر *

قال واذا ولدت المأذون لها من مولاهما ملك حبر عليها خلافاً لفرج وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولما ان الظاهر انه يحصنها بعد ايلاده فيكون دلالة استجر عادية بخلاف الابتداء

مضى زمان يارمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والتحريم اذا اسلم في دار الحرب ليارم القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب *

قوله وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل لانه اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ ببنوته ابتداء العقد فاذا كان كذلك فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط لابتداء **قوله** وصار كالغصب معناه ان المولى المولى العبد المصوب يصح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فهناك، لك وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل فقال واما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب مقراً او كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة فيصح الاذن فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحداً ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال (و)

(كتاب المأذون)

لان الصريح فاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركنها بدون لاتفه
محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم *

قال اذا استدانب الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها
على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصيل المدبرة ولا منافاة بين
حكمها ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد *

قال وان حجر على الماذون فاقرار جائر فيما في يده من المال عند ابي حنيفة
رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيرة او غضب منه او يقر بدين عليه
فيقضى مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما ان المصحح
لاقراره ان كان هو الاذن فيقول بالبحر وان كان اليد فالبحر ابطالها

ولا يثبت البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن ايضا وان عاد العبد من الاذن هل يعود الاذن
ثم يذكر محمد راجع هذا التنصيص والصحيح انه لا يعود كذا في النهاية *

قوله لان الصريح فاض على الدلالة لانه صريح بخلاف الدلالة وهي ان الانسان يحصن
ام ولده في العادة وانما يعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فاما مع التصريح بخلاف
العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عادة الا اذا صرح
وقال لا تأكل فان قيل كيف يبطل اذنها صريحا بدلالة الحجر والشئ لا ينتقض
بما هو دونه قلنا لا نسلم انه اذن بها صريحا بل هذا فرض منك ولئن سلم فبقاء الاذن
بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان اقوى **قوله** لما قررناه
في ام الولد وهو قوله لا تلافه محلا تعلق به حق الغرماء **قوله** وان حجر على الماذون
فاقار جائر بخلاف ما اذا بيع الماذون فانه لا يجوز اقراره فيما في يده بالا جماع **قوله** فيما
في يده قيد به لانه لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار **قوله** من المال قيد به
لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالا جماع * (قوله)

(كتاب المأذون)

لان يد المحجور غير معتبرة فصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجرة بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد التحجور وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقه وشرط بطلانها بالتحجور حكما فراغها من حاجته واقرار دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باع لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشرة قبل البيع **قال** وان الزمته ديون تحبط بماله ورفقته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد الم يعنق عند ابي حنيفة ربح ولا يملك ما في يده ويعنق وعليه فيه متدلا له وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعاقفه ووطئ الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظر المورث والمظرفي ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظر المعبود

قوله لان يد المحجور غير معتبرة اي فيما هو من كسبه او فيما عرف انه من مال المولى واذا لم يكن كذلك فيده معتبرة ولهذا اذا استودع عبدا رجلا ودیعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الودیعة ما ذونا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد العبد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته ولكن لا اعتبار ليد في كسبه وفيما علم انه للمولى وفي الفصل السادس عشر من ودیعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع ان الودیعة كسب العبد واما اذا علم انه كسب العبد فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذ **قوله** لانه يثبت الملك له نظر المورث وهذا لان صرف اكتسابه الى اقرب الناس اليه نظر في حقه كيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا ومتى كان على الميت دين مستغرق فالمظرفي ضده لان قضاء الدين فرض عليه وانه حائل بينه وبين ربه واما ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار انه يستحيل وقوع الملك له مع قيام الرق فيه وهذا (المعنى)

(كتاب المأذون)

وله ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه من حاجته كملك الوارث على ما امر رناه والمحيط به الدين مشغول به ان لا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعده فالتعلق فريضة واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به *

قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عقده في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعري عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق بمنعه *

المعنى قائم بعد الاذن وثبوت الدين ولا يبي حنيفه رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد بعد الفراغ من حاجته كملك الوارث لما لا الكسب في الاصل ملك الكاسب وانما يخلفه غيره بعد فراغه من حاجته ولهذا لو امتنع المولى من الاتفاق عليه امر العبد بالكسب والاتفاق على نفسه وما فضل من حاجته يرد على المولى وما قال انه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالملك تب فان ملك الرقبة موجود ولا يملك المولى اكسابه والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز ان لا يملك ذلك مانع وهو حاجته الى قضاء دينه لانه لما صار بمنزلة الحر في حق التصرف واليد والحر المديون لا يستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين فكذا هنا *

قوله وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل المال وشرط الخلافة تصور الاصل قلنا العبد ليس باهل الملك مستقر لكنه اهل ملك ينتقل اليه غيره اذا فرغ من حاجته وهذا لان العبد من حيث انه آدمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا لملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك اصلا قلنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا بالشبهين **قوله** وكذا عنده اي في قوله الاول وفي قوله الآخر لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن **قوله** ولهذا لا يمنع ملك الوارث اي في قوله الآخر * (قوله)

(كتاب المأذون)

قال وان باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي من كسبه اذا كان عليه دين يحبط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه منهم في حقه بخلاف ما اذا حايى لاجنبي عند ابي حنيفة ر ح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عند لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحد هم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازاله المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلاً عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازاله المحاباة لان المحاباة لا يجوز من العبد المأذون على اصلهما الا بذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير ان ازاله المحاباة لحق الغرماء وهذا ان الفرقان على اصلهما **قال** وان باعه المولى شيئاً بمثل القيمة او اقل جاز البيع

قوله وان باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز اذا باع العبد المأذون المديون شيئاً من اكسابه من المولى بمثل قيمته جاز وان لم يكن مديوناً لا يجوز **قوله** وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء اذا باع من المولى شيئاً بنقصان لم يجز عند ابي حنيفة ر ح فاحشاً كان الغبن او يسيراً وعندهما جاز البيع فاحشاً كان الغبن او يسيراً ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع **قوله** ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخير **قوله** وهذا ان الفرقان على اصلهما لان ابا حنيفة ر ح لما لم يجوز البيع من المولى لبالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج الى هذين الفرقين وانما يحتاج الى فرق واحد وهو جواز بيع العبد من الاجنبي (با)

(كتاب المأذون)

لان المولى اجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمته في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن و صحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقئ في الدين ولا يستوجب المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين *

قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء جاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين واه باعه باكثر من قيمته يوم بازائه المحاباة او ينقص البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء *

بالعين الفاحش وعدم الجواز من المولى والمفرق ما ذكر في الكتاب وعلى اضلهما يحتاج الى الفرقين احدهما في حق المحاباة اليسيرة بين المراه والاجنبى حيث لا يورع الاجنبى بازائه المحاباة والمولى يؤمر عندهما الثاني في حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبى حيث لا يجوز بيعه من الاجنبى مع المحاباة اصلا عندهما ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الناحشة ركن يؤمر المولى بازائه المحاباة ههنا ايضا كما في اليسيرة وهذا الذي ذكرنا قول بعض المشائخ وقيل الصحيح قوله تقولهما لان المولى يستهد من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع او لى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المدينون في تصرفه مع الاجنبى *

قوله لان المولى اجنبى عن كسبه هذه النكتة على قول ابي حنيفة راجع والنكتة الثانية وهو قوله ولانه مفيد على قولهما وعلى قول الكل **قوله** بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين

وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين والمولى احق بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دين في ذمته ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرماء

كما لو غصب شيئا من ماله او اودع مالا عند عبده **قوله** اذا كان يتعلق بالعين كالمسكاتب

لما كان للمولى تعلق برقبته جاز ان يجب عليه بدل الكتابة وكذلك المستسقي عند ابي حنيفة راج

قوله ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازائه المحاباة او ينقص البيع كما بينا في جانب العبد (كذا)

(كتاب المأذون)

قال وإذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعقته جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف ما يتعلق به حقهم بعبا واستبقاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فيبقى الباقي عليه كما كان فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المذبر وام الولد المأذون لهما وقد ركنتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقيتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا *

قال بان باعه المولى وعليه دين يحبط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا الباع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد يتعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والباع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبر وافي التضمن وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا الباع قيمته ثم رد على المولى يعيب للمولى ان يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالتغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا *

كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وغيره في شرح المبسوط من غير ذكر خلاف ويحتمل ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة رح على قول بعض المشائخ كما في الفصل الاول وهو منصوص عليه في الحضر وغيره *

قوله فيخبر وافي التضمن ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على الباع لان استرداد القيمة منه كما سترداد العبد لو ظفروا به وان ضمنوا الباع قيمته ثم البيع الذي جرى بين الباع والمشتري لزوال المنع **قوله** والاجازة اللاحقة كالاذن السابق فان قيل يشك بما اذا اكفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم اذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه فلما لانه لا يحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك هنا فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء **قوله** كما في المرهون اي الراهن اذا باع المرهون ثم اجاز المرهون البيع (قوله)

(كتاب المأثور) :

قال لو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستينعاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام ومؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم

قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري **قوله** واعلمه بالدين اي اعلم البائع المشتري بان هذا العبد الذي ابيعك مديون وفائدة

هذا الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيها بين البائع والمشتري وان لم يكن لازما في حق الغرماء اذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونهم **قوله** فالاول تام ومؤخر الى زمان الاستسعاء والثاني ناقص معجل هذا اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم

قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة ليس لهم ان يردوه اي ليس للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وان لم يكن في الثمن وفاء بديونهم ذكر الامام قاضي خان وغيره وهو قوله تاويله اذا باع بثلثين لا يفي بديونهم لانه كان لهم

حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري . فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع على ان لهم حق القبض اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم وفي النهاية وفي هذا اللفظ نوع

نظر ان كان من حقه ان يقال وتأويله اذا باع بثلثين لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما دون الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة **قوله** فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري هذه المسئلة مختلفة فيها ما اذا كان

المشتري غائبا والبائع حاضرا فلا خصومة بينهم وبين البائع في رتبة العبد بخلاف حين يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيعد فما لم يبطل ملك المشتري لا يكون الرقبة محل الحق للغرماء الا ان لهم ان يضموا البائع قيمته

لان بالبيع والتسليم صار مرفوتا محل حقهم * (قوله)

(كتاب المأذون)

معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ررح وقال ابو يوسف ررح المشتري خصم وبقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا وهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهور له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف ررح انه بدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب *

قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فلاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذا ظاهر ان المحجور يجري عليه موجب حجرة والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو مأذون يبيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالتول قوله لانه متمسك بالاصل والله اعلم بالصواب *

قوله معناه اذا انكر الدين وانما قيد به لانه اذا اقر المشتري بدينهم وصدتهم في دعوى الدين كان للغرماء ان يردوا البيع بخلاف كذا ذكره المحجوب ررح **قوله** وان لم يخبر فتصرفه اي فتصرفه دليل عليه **قوله** لا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا يرى انه اذا اذن المدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذونان لهما بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة لانه حق العبد **قوله** على ما بيناه وهو ما ذكر قبل هذا ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد والله اعلم بالصواب *

فـنـبـل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره اصباه فيبتنى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالاطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذ منه اما البيع والشراء به ولاية الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرفت تقريره في الخلافات والصباء بسبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي

فـنـبـل

قوله للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة المجزؤ كونه واليا آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان بخلاف الصوم والصلوة اى الصوم النفل والصلوة النفل حيث يصحان منه وكذا الوصية على اصله اى الوصية باعمال البر من اصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه وما يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تدفع بما يتصرف فيه الولي **قوله** صدر من اهله الاهلية للتصرف بالنكلم عن تمييز وبيان لاعن تلقين وهذيان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل وهذا لا يتوجه خطابات الشرع تبيل البلوغ وذلك لان العقل والتمييز امر باطن فانام الشرع البلوغ مقامه فلنا الاهلية بالعقل والتمييز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتداله واذن الولي دليل عليه ايضا ولا تنزاحم في الاسباب الا ان الصبي مظنة المرحمة والخطابات ينضرب وصحة العبارة نفع محض اذا لاد مي به بشرف ويميز من غيره فلهذا اعتبر اذن الولي في المعاملات دون خطابات الشرع **قوله** عن ولاية شرعية وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاضر **قوله** لعدم الهداية اى في امور التجارة *

(قوله)

(كتاب المأذون فصل)

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيلاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعناق لانه صار محض فلم ير له له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائرين النفع والضرر فيجعل اهلاله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفاً على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه وذكراً لولي في الكتاب بنظام الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليد بتقليد الغضاة والشروط ان يعتل كون البيع سائلاً للملك جالباً للريح والتشبيه بالعبد المأذون ينبغي ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حذلان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عند اكان او صلباً ولا يتقيد تصرفه بنوع دين نوع وصيرماً ذنباً بالسكوت كما في العبد

قوله وبقاء ولايته جواب عن قول الشافعي رح ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فاجاب بان بقاء ولايته لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل والاصابة فيستوفي المصلحة بطريقتين بهما شرة الولي وببباشرة الصبي وتمكنه من حجره لاحتمال تبدل حاله من الهداية الى غيرها ومتى جعله مولياً عليه باعاً بتصور الاهلية لم نجعله ولياً فيه فالحاصل ان الصبي مستحق للنظر مصون من الضرر والنصرفات انواع ثلثة صار محض كالطلاق والعناق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وان اذن له الولي ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذن الولي ودائرين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والناكح فيملكه بالاذن ولا يملك بدونه لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز وشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عايمه الخطاب وفي عقله تصور وللغير عليه ولاية والحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقد موقوفاً على اجازة الولي لانه له فيه منفعة ليصير مهتدياً الى وجوه التجارات عارفاً بانواع المعاملات ممتازاً عن الحيوانات حتى لو بلغ فاجازة نفذ عندنا خلافاً للفرج لانه توقف على اجازة وليه وقد صار ولياً بنفسه **قوله** بخلاف صاحب الشرط وفي المغرب الشرطه بالسكون (و)

(كتاب المأذون فنضلل)

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا سلبته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بان الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم *

والحركة خيار الجند واول كنيته يحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة في باب الجمعة يراد به امير البلدة كما مير بخارى وكان الوالي اكبر من صاحب الشرطة لان للوالي تقليد القضاة فلذلك ثبت ولاية اذن الصبي للوالي دون صاحب الشرطة وفي المبسوط ثم صحة الاذن له من واهيه ووايه ابوه ثم وصى الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصي القاضي فاما الام او وصي الام فلا يصح منهم الاذن له في التجارة لانه غير ولى في التصرفات مطلقا بل هو كالأجنبي الا فيما يرجع الى حفظه وهذا لا يملك بيع عقاره واسما جز بيع وصي الام العروض التي ورثها الصغير من الام بطريق النخبة والحفظ على الام الميته وعلى الصغير لانه تجارة حتى لو اشترى شيئاً آخر لئلا يجرى في الاذن تحضين وحفظ *

قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية بتقيد بظاهر الرواية لانه روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعه معه خوفاً من تولى اموالهم ولهذا ملكه وان لم يملك الوالي الاقرار عليه وجه الظاهر انه بانضمام رأى الوالي التحق بالبالغ وكل واحد من المالكين ملكه فارغ من حاجة الغير فيصح اقراره فيهما **قوله** ولا يملك تزويج عبده فيه اجماع وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف رح فانه يجوز عنده **قوله** ولا كتابته وانما لم يملكها مع ان الاب والوصي يملكانها لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر واما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة **قوله** دون غيرهم اي من الابار كالاخ والعم وفائدة هذا التقيد انه يصير ما ذو با بان القاضي كما مر في حق الصبي والله اعلم بالصواب *

(كتاب الغصب)

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل بده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصد ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئاً مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى على عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر *

كتاب الغصب

قوله في اللغة اخذ الشيء يعني مالا او غيره يقال غصب زوجة فلان او ولده **قوله** محترم احتراز عن غصب مال الحربي في دار الحرب **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً ايضاح لقوله على وجه يزيل بده لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزبلاً بده وعلى ثول الشافعي ازاله يد المالك عن المغمصوب ليس بشرط بل اثبات يد العدو وان عليه كاف لتحقق الغصب وشرة الاختلاف يظهر في زوائد المغمصوب مثل ولد المغمصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر **قوله** وان كان بدون العلم بان ظن ان المأخوذ ماله واشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لان الضمان انما يجب جبر الحق بقويته وحقه مرعي وان كان الاخذ معذورا لجهله وهدم قصده **قوله** ولا اثم لان الخطأ موضوع (لقوله)

(كتاب الغصب)

قال من اقرع علي مناه فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انتزع التحق بالامثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب والمحمدرح ان الواجب المثل في الدمة والمنا ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا يبي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الرصير الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بتضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والنضاء بخلاف ما لامثل لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد في غير قيمته عند ذلك **قال** ولا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العديديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالمية وحدها فاعا للضرر بقدر الامكان اما العدي في المتقارب فهم كما يكمل حتى يجب مثله لثقل التباوت وفي السر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له *

قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لم يولد عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لا جبر ولا جاد ا فان اخذه فليرده لان اليد حق متصو و قد فوته اعليه فيجب اعادة الرد اليه وهو الموجب الاصل على ما قالوا ورد القيمة مخلص خله لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصل القيمة ورد العين متخاص

لنوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم وقد قال الله تعالى لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ *

قوله ولهذا الرصير الى ان يوجد جنسه له ذلك اي لو كانت ثابتة بمجرد الانقطاع كان يجبر على قبول القيمة لو اتى بها الغاصب ولا يمكن له من الصبر الى مجيء اوان المثل وحيث لم يجبر لما ذاك على ان يجاب المثل انما يثبت بالقضاء **قوله** معناه العديديات المتفاوتة كالرمان والسفرجل والبطيخ وكاشاب والدواب والمقاربة كالجم زوالبيض **قوله** لاعبا ولا جادا بتوسط حرف العطف كذا في المبسوط ومعناه ظاهر الرواية في المصاييح لاعبا جادا بدون توسط حرف العطف بينهما اي لا يزيد سرقة ولكن يريد ادخال الغيط على اخيه فهو لا عب في مذهب السرقه جاد في ادخال الغيط على اخيه * (قوله)

(كتاب الغصب)

ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت التيمم بتفاوت
الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لا ظهرها او تقوم بينه
ثم قضى عليه بدائها لان الواجب رد العين والهلاك بعرض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
فان اعلم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل وبحول
لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده
لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد رحم يضمنه وهو قول ابي يوسف رحم
الاول وبه قال الشافعي رحم لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتتحقق الوضمان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمقول

قوله ويظهر ذلك في بعض الاحكام وهذا الواجب رد العين في حال قيام العين يصح حتى لو هلك
بعده لا يجب الضمان واولا لان الموجب الاصل للقيمة لما صح البراء لان البراء عن العين لا يصح
ولو كنل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين ولو غصب جارية قيمتها الف
وله الف نقد وحال عليه الحول فانه لا يجب الزكوة على هذا الالف لانه صار مديونا ولا يجب الزكوة
على المديون **قوله** والغصب فيما ينقل وبحول النقل والتحويل واحد كما في قوله تعالى
فيهمس قنوط وقيل التحويل يستعمل في النقل من مكان وانباته في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان
والنقل بدون الانبات في مكان آخر **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده بان غلب السيل
على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بأفة سماوية او جاء سيل فذهب
بالبناء لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد يضمن **قوله** لتحقيق اثبات
اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي رحم يتحقق الغصب باثبات اليد المبطله وتعليل قول
محمد رحم على هذا الوجه يدل على ان لاختلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب (بانه)

(كتاب الغصب)

وجحد الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة اليد المالك بفعل في العين وهذا لا ينصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحد ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحد تارك لذلك *

قال وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه تلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك واشتري ينكر غصب البائع بانه ازال اليد المحقة واثبات اليد المبطله لا كما ظنه البعض ان حده عند محمد اثبات يد الجحد وان كما قاله الشافعي رح ان لو كان كذلك لا تغني جريهما في زوائد المغضوب *

قوله وجحد الوديعة اي في العتار يعني اذا كان العتار وديعة في يده فمحمدة كان ضامنا بالاتفاق فكذا بالغصب على ما يجي **قوله** وصار كما اذا بعد المالك عن المواشي فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط **قوله** وهو الغصب اي النقل هو الغصب لان بذلك يتحقق ازالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب فيه فيتحقق الغصب **قوله** ومسئلة الجحد ممنوعة لانه ذكر في المختلغات اما الوديعة لو كان عقارا لا يضمن وذكر في المبسوط والاصح ان يقول جحد الوديعة بنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العتار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم او بقصريد صاحبه بالجحد لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعة بعد جحوده حتى اذا كانت الوديعة بساطا لم ينقله وجلس عليه جا حدا للوديعة لم يضمن لانه متى كان ظاهرا لم يصير يد صاحبه مقصورة بالجحد بنفسه **قوله** وما نقص بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا وذلك بان هدم شيئا وانهدم بسكناه لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف يتحقق فيه كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين وجاز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كما حرر **قوله** ويدخل فيما قاله اي فيما قاله (١)

(كتاب الغصب)

ولا يثبت لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح *

الثدوري في مختصره وهو قوله وما نقصه منه بفعله وسكناه قوله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله بان كان عمال الحدادة او القصاره فوهي جدار الدار بذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان لان اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا يسبب سكناه وعمله لاضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف راح الآخر لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العتار عندهما والحكم يمتشي على السبب كذا في غصب المبسوط *

قوله ولا يثبت لصاحب الدار انما قيد به لانه لو كان له بيتان يضمن البائع بالاتفاق لانه قادر على ان يقيم البيعة على انها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري **قوله** فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح وذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط فان كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بيعة فإقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكاً بالشرع من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لاضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله الآخر لانه مقرر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العتار وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقل ذلك قول محمد راح لان تساطعهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم والفرق بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف المالك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو اقام البيعة على المالك لنفسه لا يقبل بيئته والعتار تضمن بالاتلاف وهنا اتلاف المالك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبيعة الا ترى انه لو اقام البيعة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا *

(قوله)

(كتاب الغصب)

قال وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه تلقى البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه هذا عند ابو حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم لا يتصدق بالفضل
 وسند كراهة الوجه من الجانبين **قال** واذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه
 وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد السابق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان
 العين داخل في ضمانه بالغصب السابق اذ والسبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة

قوله وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان اختلفوا في تأويل نقصان الارض قال نصير بن يحيى رحم
 في نقصان الارض انه ينظر بكم يستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستأجر بعد استعمالها
 فتفاوت ما بينهما نقصانها **قال** محمد بن سلمة رحم ينظر بكم يشتري قبل استعمالها وبكم
 يشتري بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الارض **قال** رجعت محمد بن سلمة الى قول
 نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التمتة وفيه ايضا ان من زرع ارض الغير بغير اذنه وبغير عقد
 مزارعة هل لصاحب الارض ان يطالبه بحصة الارض **قال** شيخ الاسلام ابو الحسن رحم
 نعم ان كان عرف اهل تلك القرية انهم يزرعون ارض الغير على وجه المزارعة
 من غير عقد واذن في فتاوى الفقيه ابي الليث ان الزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه
 نقصان الارض ان كانت الارض قد انتقصت بسبب الزراعة **قوله** فيأخذ رأس ماله وهو
 البذر وما انفق وقد غرم من النقصان وصورة اذا غصب ارضا وزرع فيها كرافا خرجت
 اربعة اكرار ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمة كرو لحقه من المون ما يبلغ كرافا خذمه ضمان
 النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كراوا لحقته مؤنة كرو ضمن قدر قيده كرفضل الخارج
 عن رأس ماله بكر فتصدق به لانه ربح مالم يملك **قال** ابو يوسف رحم لا يتصدق بدلان
 المنهي ربح مالم يضمن وهو قد ضمن **قوله** وسند كراهة الوجه من الجانبين اي في هذا
 الفصل في مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة **قوله** وعند العجز عن رده تجب القيمة
 هذا على قول من يقول بان الواجب الاصل في الغصب رد العين * (قوله)

(كتاب الغصب)

او ينقرر بذلك السبب واهلنا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في بده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن تنوير الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان مقدما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرفنا رضي المدفوع ومواده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه بيدي الي الربوي *

قوله او ينقرر بذلك السبب على قول من يقول بان الواجب الاصلي في الغصب هو القيمة ورد العين **مخلص قوله** وان نقص في بده ضمن النقصان اي اذا لم يحجر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان وسواء كان ذلك النقصان في بدنه بان كانت جارية فاعورت او كانت شاذة فصارت عنده عجزا او ناهضة التدبين فانكسر نديها او لم يكن في بدنه كما لو غصب عبدا محترقا ففسد ذلك عند الغاصب او كان قارئا ففسد القرآن **قوله** بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب وانما قيد بالان تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فللمالك الخيار بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترد وفي الايضاح ولو غصب منه مينا ثم لقيه في بلد آخر والعين في بده القيمة في هذا مثل القيمة في مكان الغصب او اكثر فللمغصوب منه ان يأخذها ولا يطالب بالقيمة لانه وصل اليه عين حقه من غير ضرر وان كان السعور في هذا المكان اقل من السعر في مكان الغصب فللمغصوب منه الخيار ان شاء اخذ القيمة في هذا المكان وان شاء انتظر لانه اذا اخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب وهو النقل الى هذا المكان فكان له ان لا يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر بخلاف ما اذا وجدته في البلد الذي غصبه فيه وقد انقص السعر حيث لا يكون له خيار لان النقصان ما حصل لفعل مضاف الى الغاصب وانما هو لمعنى راجع الى فتور رغبات الناس فلم يضمن **قوله** وبخلاف المبيع فان المبيعة اذا اعورت في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته ولكن يخير المشتري بين ان يأخذها بكل الثمن او يتركها لانه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فمتعلق بالفعل والفعل حل الذات بجميع الاجزاء والارصاف فكانت مضمونة * (قوله)

(كتاب الغصب)

قال ومن غصب عبداً فاستغله فتنصبه الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهم أيضاً وعندنا لا يتصدق بالغلة وعليه هذا الخلاف إذا أجزأ المستعير المستعار لأبي يوسف ربح أنه حصل في ضمانه ومملكته أما الضمان فظاهر وكذلك المالك في المضمون لأن المضمونيات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا ولهما أنه حصل بسبب خيبت وهو التصرف في ملك الغير وما هذا إلا أنه فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل والمالك المستند ناقص فلا يعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك وليهذا الوادي إليه يباح له التناول إن كان غنياً فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن اليد لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا يتصدق بمثله إن كان غنياً

قوله ومن غصب عبداً فاستغله أي أجره وأخذ غلته فتنصبه الغلة أي العمل في الإجارة **قوله** فعليه النقصان لما بينا أراد به قوله لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب **قوله** وما هذا حاله فسيبيله التصديق كما إذا اشترى جاريةً يبيعها فاسداً وتقاضا وباعها وربح فيها تصديق بالربح لتسكن الخبث في الربح على ما مر في فصل أحكام البيع الفاسد **قوله** لأن الخبث لأجل المالك هذا جواب سؤال ذكر في المبسوط حيث قال فإن قيل القيمة دين في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجب التصديق لخبثها ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله فلنا نعم ولكن التصديق بهذا لم يكن حتماً عليه إلا ترى أنه لو أسلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلماً إلى المالك ثم يصير المالك مبرئاً عن ذلك القدر من القيمة لا يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصديق **قوله** بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق أي الغاصب باع المقصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته ورجعه المشتري على الغاصب بالثمن إن طُلان البيع بأشتراد (القيمة)

(كتاب الغصب)

وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا **قال** ومن غصب الغافق اشترى بها جارية
بما عدا الثمن ثم اشترى بالثمن جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا
عندهما واصله ان الغاصب والمورع اذا تصرف في المعصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما
خلافا لابي يوسف ربح وقد مررت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك اليه
ما قبل التصرف فلا يعدم سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا هو فيما يتعين بالاشارة
اما فيما لا يتعين كالثمنين فتولد في الكتاب اشترى بها اشارة اليه ان التصديق انما يجب اذا
اشترى بها وتقدم منها الثمن اما اذا اشار اليها وتقدم من غيرها او تقدم منها واشترى بها او اطلق
اخلافا وتقدم منها يطيب له وهكذا قال الكرخي ربح لان الاشارة اذا كانت لا تعبد الثمنين
لا بد ان يترك كذا بالتقدير تحقق الخبث وقال مشايخنا ربح لا يطيب له قبل ان يضمن
وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا لطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط *

التيمة منه ثم لا تستعين الغاصب في اداء الثمن بالغلة لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري
فلا يزيل بالوصول اليه بدخول الاول فان الخبث لحق المالك فهو زول بوصول الغلة اليه *
قوله وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن **قوله** وقد مررت الدلائل اي في المسئلة
التي تبين هذا وهي مسئلة من غصب عبدا فاستغله فقصه الغلة **قوله** ثم هذا ظاهر اي عدم
طيب الربح **قوله** فيما يتعين بالاشارة كالعروض **قوله** كالثمنين اي كالدراهم والدنانير **قوله** وقال
مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا لطلاق الجواب في
الجامعين والمبسوط وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق التحقيق او الشبهة ثبت الخبث
ولا يثبت في الدراهم الا الشبهة لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر
واذا نقد استفاد بسلامة المشتري فاذا اشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه
دينار او جيد او ردي والمقدار وانقد ولم يشتر استفاد بها سلامة فاما ان يصير عنها عوضا فلا يثبت انه
لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث * (قوله)

(كتاب الغصب فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال وان اشترى بالف جارية تساوى الغنم فوهبها او طبا ما فاكهه لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس *

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وما كسبها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يردى بدلاها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او خنطه بطحنها او حديد اما تحده سينا او صفرا فعمله آثم وهذا كله عندنا وقال الشافعي ربح لا يتقطع حق المالك

قوله لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس لان الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوى فلا فضل ولان الخبث يعمل في التصديق لا في التضمن اذا الانسان لا تضمن باتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصديق هنا الا بواسطة التضمن ولا سهيل الى التضمن فسقط اصله *

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة وذبحها لانه فات اعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه ينال شاة مذبوحة **قوله** واعظم منافعها كما اذا غصب خنطة وطحنها لان المقاصد المتعلقة بعين الخنطة تزول بالطحن وهي جعلها بذرا وهريسة وكشا وغيرها **قوله** زال ملك المغصوب منه عنها اي يجب القيمة في الشاة اذا طبخها وشواها على الغاصب وفي الخنطة المثل ويزول ملك المغصوب منه على وجه لو ابى المالك اخذ النيمة اراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك لان الملك قد زال كذا في الايضاح *

(قوله)

(كتاب الغصب فضل فيما يتغير بعمل الغاصب)

وهو رواية عن ابي يوسف ر ح غير انه اذا اخذ الدقيق لا بضمنه المتصان عنده
لانه يودي الى الربوا وعند الشافعي ر ح بضمنه وعن ابي يوسف ر ح انه يزول ملكه
فيه لكنه يباع في دينه وهو احق به من العرماء بعد موته للشافعي ر ح ان العين باق فيبقى
على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والتمزق في طاحونة فطخت ولا يعتبر
بنوعه لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرفت فصارك اذا اعدم العمل اعتل وصار كما اذا
دفع الشاة المغصوبة وسلخها واربعها ولما انه احدث صنعة متقومة صبت حق المالك هالكا من وجه

قوله وهو رواية عن ابي يوسف وفي الايضاح روي عن ابي يوسف ثلث روايات احدهما
مثل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والثانية ان حق المالك لا يسقط عنه وان كان ملكه
يزول عنه ويبيع العين في دينه وهو احق به من جميع العرماء ان مات وفي رواية له ان يأخذ
الدقيق ويسرق الغاصب من صلاته لانه يودي الى الربوا ان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له
ان يأخذه كما قبل الطحن وفلان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لاني احدث ما لم يكن
موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والديج والسلخ في الشاة والدليل
على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا تجري الربوا الا باعتبار المجاسة فلما ثبت
الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ الحنطة ولو اخذ عين الحنطة
كان لا يجوز ان يأخذ معها شيئا آخر لمتصان صفتها بسبب العقوبة لانه الى الربوا
فكذلك ههنا **قوله** ولا معتبر بنوعه جواب اشكال مقدرو هو ان يقال فيما ذكرت من
الاستشهاد لم يوجد فيه الفعل وفي المتنازع وجد الفعل **قوله** ولما انه احدث احتزبه
عن الحدوث **قوله** صنعة متقومة في الربوية منقودة **قوله** صيرت حق المالك هالكا من وجه
احترازا عما اذا صبغ الثوب المغصوب اصفرا واحمر فانه لا ينقطع حق المالك مع انه
احدث صنعة متقومة ولكن لم يكن هالكا من وجه الا ترى انه لم يتبدل اسم الثوب
ولم يفت اعظم المقاصد (توله)

(كتاب الغصب فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

الأتري انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه يترجم على
الاصل الذي هو فانت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث
انه احدث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسليخ وهذا الوجه يشتمل الفصول
المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها استحسان
والتمس ان يكون له ذاك وهو قول الحسن وزفر رح وهكذا عن ابي حنيفة رح رواه الثقيفي
ابو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه
الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المضلعة بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى
قوله الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل
المقصود دليل على المغايرة معنى واذا انتهت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الاول مستهلكا
ضرورة ان الشيء الواحد يستحيل ان يكون شيئين فاذا هلك الاول بفعله صار صاحبا مثله والدقيق
حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجد فصارت الصنعة
راجحة في الوجود وترجم الاصل يرجع الى الحال والرجحان في الذات ادق من الحال واماقول
ابي يوسف جريان الربوا بينهما دليل على بقاء المجانسة فقلنا بين الدقيق والحظنة شبهة من حيث
ان عمل الطحن صورة في تفريق الاجزاء وباب الربوا مبني على الاحتياط فلبقاء شبهة المجانسة
من هذا الوجه جرى حكم الربوا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت
اسم العين ينال شاة مذبوحة فان قيل بالسليخ والتاريب يزول اسم الشاة فكان ينبغي ان ينقطع
حق المالك بعد التاريب قلنا بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية وبالسليخ
والتاريب لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبدل
العين فبقيت مملوكة لصاحبها **قوله** وهذا الوجه يشتمل الفصول المذكورة اي وجه
الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انتفاع حق المالك وبفوات الاسم على انتفاع حق المالك
شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه وغرلا ففسجه او قطنا فغزله
او سمسما فعصره ينقطع حق المالك **قوله** ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي (بدلها)

(كتاب الغصب فضل فيه لا يغير بعمل الغاصب)

اذا الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اراحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء محسماً لانه الفساد ونقد بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا أدى البديل بياح له لان حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأ استقرط حقه بدركه اذا اذن بالتضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منلانه لا يقتضي الا بطله وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها ونواة فغرسها غير ان عندابي يوسف بياح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالغصب عند خلاف الهباء اصله ما تقدم بدلها فيه اشارة الى انه لا يحل له الانتفاع بالتضاء وقد نهى في المبسوط انه يحل بالتضاء لانه بمنزلة الاداء لحصول رضاء المالك عنده لانه لا يقتضي الا طميه *

قوله اذا الامر بالتصدق زوال ملك المالك زري ان النبي عليه السلام كان في ضيافة رجل من الانصار يقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها القدح فجعل يلوكها ولا يسميها فقال انها تخبر انها زبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي واو كانت اعز منها لم ينفس علي بها وسار ضيعة بما هو خير منها اذ رجع فقال عليه السلام اطعموه الاساري فامره بالتصدق بها لبيان منه ان الغاصب ملكها لان مال الغير يحفظ ان عليه عينة اذ امكنه وثمنه بعد البيع اذا عذر عليه حفظ عينة وان لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء فان قيل انما يتصدق عندكم بالبرسم لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج قلنا روي عن محمد زح انه يتصدق بالاصل فبقي الباقي على ظاهرة وهو حرمة الانتفاع كذا في الاسرار

قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضي بدليل قوله لانه لا يقتضي الا بطله ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا علي مقدار من الضمان **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها اي ملكها الغاصب عندنا خلافا للشافعي **رج** **قوله** غير ان عندابي يوسف بياح الانتفاع بها اي (في الحنطة)

(كتاب الغصب فصيلان فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال وان غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها

عند أبي حنيفة ربح فياخذها ولا شيء للغاصب وقال لا يملكها الغاصب وعليه مثله إلا أنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكاً من وجه الاترى أنه كسرة وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه الاترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربوا باعتبار صلاحية لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها **قال** ومن غصب ساجه فبني عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي ربح للمالك أخذها

في الحنطة التي زرعها والنواة التي غرسها بالغصب لوجود الاستهلاك من كل وجه إذا لم يبق عين معلق حق المصنوع منه فيباح الانتفاع بخلاف غيرهما لقيام العين فيه من وجه *

قوله الاترى أنه كسرة وفات بعض المتأصدين بأن لقوله صير حق المالك هالكاً من وجه

قوله والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات ببيان لغوات بعض المقاصد وأنه كان قبل الكسر

والصنعة سلعة يتعين بالتعيين وقد فات هذا المعنى **قوله** الاترى أن الاسم أي اسم الذهب

والفضة باق **قوله** جرى فيه الربوا باعتبار كونه موزوناً وبه فارق الحديد والصفرة أن الصنعة

هناك يخرج من الوزن وأن يكون مال الربوا حتى لو باع قمقمه بقمقمين يدايد يجوز

قوله وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة أي صلاحية بعد الضرب لرأس مال

الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس

الرائجة في هذا الحكم كالدرهم والدنانير فلا يتبدل العين بالصنعة **قوله** وكذا الصنعة فيها

غير متقومة مطلقاً أي ليس متقومة في كل الأحوال بل في بعضها إذا كسر ناء فضة أو ذهب

يضمن قيمته من خلاف جنسه وإن وجده صاحبه مكسوراً ورضي به لم يكن له فضل ما بين

المكسور والصحيح **قوله** ومن غصب ساجه بالجميم وهي الخشب العظيمة جداً والخشب المنحوتة

المهيأة للأساس ونحوه كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الغصب فصل في ما يغير بعمل الغاصب)

والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لما فيه ان فيما ذهب اليه اضرار الغاصب بنتض بذاته
الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فيصار كما اذا خاطبا بالخط
المغصوب بطن جاربه او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والقمي
ابودعتر الهندواني رح انما لا يتنقض اذ انبى في حوالى الساجدة اما اذ انبى على نفس الساجدة
بنتض لانه متعود فيه وحواى الكتاب ي. وذلك وهو الاصم *

قال ومن ذبح شاة غير وفية لئلا بالخيار ان شاء الله فيجتها ورسولها اليه وان شاء الله منه نصه بها

قوله والوجه من الجانبين قدمناه اي في اول هذا الفصل في قوله واذا تغيرت العين الغصوبة
بفعل الغاصب **قوله** وآخر لما فيه اي ودليل آخر في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه
اضرار الغاصب يعني لا بد في هذا من الحق الضرر باحدهما اما في حق الغاصب بنتض
بذاته واما في حق المالك بانتطاعه عن الساجدة وضرر المالك مجبور بالقيمة وفيه ضرر
نقل المالك من العين الى القيمة بدون اختياره الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي
قتاع حق الغصوب منه بفساد القيمة توفير المالك ونقل حقه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب
بحسب ارامه كان ضرر النقل دون ضرر الابطال **قوله** اذ انبى في حوالى الساجدة ان ادخل الساجدة
في وسط الجدار الاحكام لا للمساء عليه كما في الابواب والابنية المربعة **قوله** وحواى الكتاب
يرد ذلك حيث قال لا يتنقض البناء مطلقا من غير تفصيل ولا انه ذكر في الكتاب وبني عليها وذكر
شمس الزمعة بعد تقرير ما قال الكرخي وابودعتر ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد في كتاب
الصرف انه لو غصب نفرة واتخذ منها عروة مزادة انتطع حق المالك عنها وهو في هذا
العمل هنا متعود لان عمله في ملك الغير فبالا لانه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير
او في ملك نفسه **قوله** وهو الاصح لانه يغير عما كان عليه لان الساجدة قبل التركيب يصاح
لطبخ اندور وابواب الدور بعد التركيب لا يصاح لشيء منها الا بعد المتنض وقيام الشيء
بمنافعها يكون فلما فأتت منافعها من وجد صارت هالكة من وجهه ولانها كانت (نقلية)

(كتاب الغصب فصل في ما يتغير بعسل الغاصب)

وكذا الجزر وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اذا ذرف من وجهه باعتبار
قوت بعض الاعراض من الحذل والدرو والنسل وبناء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق
الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فتقطع الغاصب طرفها للمالك
ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك
حيث ياخذ مع ارش المتطوع لان الادبي يمتنع منتعابه بعد قطع الطرف *

قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب المكد لان العين قائم من كل وجه
وان ادخله عيب فيضمنه ان خرق خرقا كثيرا يبطل عامته مما تعد فلها لكنه ان يضمنه جميع قيمته
لان استهلاك من هذا الوجه فكانه اجرقة قل رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه
وان شاء اخذ الثوب وضمنه المتصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق
وكذا بعض المانع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
بقليته والآن صارت من العنار ولهذا صارت يستحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ثبت
انه تغير عما كان عليه والتغير يوجب انتفاع حق المالك *

قوله وكذا الجزر وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية احتراز به عمار روى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيئا في ذبح اشاة اذا اخذها لان الذبح والسائح في الشاة
زيادة من حيث التقريب الى الانتفاع باللحم وما ذكره في ظاهر الرواية اصح لانه نقصان
با اعتبار تقويت بعض الاعراض **قوله** ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فتقطع الغاصب
طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اى الواجب ههنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة
منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لها بقي قيمة فله
ان يمسك وبأخذ النقصان وفي المنتقى روى هشام عن محمد بن حمران قطع يد حمار او رجله
وكان لها بقي قيمته فله ان يمسك وبأخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمارا انسان ذبحا فقال
صاحبه اني اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد اليه فان كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وان
قتله فليس له ذلك قال هشام لان ذبحه بمنزلة الدباغ *

(كتاب الغصب فصل في ما يتغير بعمل الغاصب)

والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين
وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان
محمد ارح جعل في الاصل قطع الثوب نقصا فاحشا والغائب به بعض المنافع *

قال من غصب ارضا غرس فيها اوبى قيل له اقلع البناء والغرس ورد ما لقوله عليه السلام

قوله والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة اختلف المتأخرون في الحد
الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ان اوجب نقصان ربع القيمة نصا عداه فهو فاحش
وان كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير
وقال بعضهم الفاحش ما لا يصلح بعده ثوب او اليسير ما يصلح بعده ثوب ما ذكر في الاوضح ان
الخرق الفاحش في المخط ان يستكشف اوساط الناس من ليسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي
غير المخط وغير المتطوع ان لا يمكن ان يخاط منه ما يشتري لاجله الا بدرا مستبين في غير موضع الدرر
واليسير ضده وذكر في الخصص ان كان لا يحل لمنفعة اللبس فهو يسير وان كان يدخل لمنفعة اللبس
لكن يمكن اصلاحه بالخياطه لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض
العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للقاء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للتميص مثلا وانما يفوت به
بعض العين من حيث الظاهر والغالب اذا اظهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شيء
لا محالة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل
فيه النقصان لان محمد ارح جعل في الاصل قطع الثوب نقصا فاحشا والغائب به بعض المنافع
في المأبوس ذكر محمد ارح في كتاب الغصب اذا غصب الغاصب ثوبا وقطعه فميصا قبل
ان يخيطه جاء المالك فهو بالخيار ان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه
وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع فميصا بقي صالحا للتميص وان لم يبق صالحا للقاء والساقط
من القيمة يكون اقل من الربع ومن النصف ايضا وقد اعتبره خرقا فاحشا حيث خسر المالك فكان
الصحيح من التحديد على ما قاله محمد ارح ان يقال بان الخرق الفاحش ما يفوت به (بعض)

(كتاب الغصب: فصل: فيما يتغير بعمل الغاصب)

ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصرف مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيوصي الاشاعل بتقريبها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ناك فللدالك ان يضم له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظر اليهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يوم رقتله لان حقه فيه اذا اقراله فيدوم الارض بدمون الشجر والبناء وتقوم وبها اشجار وبناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما *

قال ومن غصب ثوبا فصبغ احمر او سويقا فتدبسن فضاحبه بالخيار ان شاء صممه قيمة ثوب الابيض وعمل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي ر ح في الثوب اخاحبه ان يهينته ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذرون لما بينا ان فيه رعاية التجانيين والخبيث لصاحب الثوب كونه صاحب الاعمال بخلاف الساحة بنى فيها بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وينقض المنفعة واليسير من المحرق مالا يفت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيها نقصان *

قوله ليس لعرق ظالم بتوين عرق علي وجه الصفة والموصوف ذكر في المغرب اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا يستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن واول الحديث فيما ذكره في الفائق والعريبيين من احب ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق ثم قال في العريبيين قال هشام بن عروة وهو ان يجي الرجل الى ارض تداخباها رجل قبله فيغرس فيها غرسا يستوجب به الارض وفي الاوضح انه في بعض الروايات على الاضافة اي لغرس شجر ظالم **قوله** لانه حقه فيه اي لان حق الغاصب في بناء شجر يوم رقتله اذا اقراله ومعرفة قيمته مقلوعا اي مأمورا بقلعه ان تقوم الارض مع الشجر المأمورا لك بقلعه ويقوم وليس فيها هذا الشجر تفصل ما بينهما هو قيمة الشجر المأمورا لك بقلعه ثم قيمة المقلوع تريد من قيمة المأمور بقلعه لان المرونة لحقت من قلع المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع لذلك * (قوله)

(كِتَابُ الْغَضَبِ فَصْلٌ فِي مَا يَتَغَيَّرُ بِعَمَلِ الْغَاصِبِ)

لأن النقص له بعد النقص أما النصف في الشئ وبخلاف ما إذا انصف بيمين الرميح لأنه لا جانية من صاحب النصف أيضاً من الثوب فيتملكه صاحب الأصل أنصف باليمين أو عصمة ربح في أصل المسئلة وإن شاء رب الثوب بأعه ويضرب بقيمة أيضاً صاحب النصف بما زاد النصف فيه لأن له أن لا يملك النصف بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانيين في البيع ويتأتى هذا فيما إذا انصف الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الأجزاء فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل بضمن قيمة السويق لأن السويق يتناول بالقبض فلم يبق مثلاً وبطل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والنصف كالحق ولو صبغ أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة ربح عند ما زاد

قوله لأن النقص له بعد النقص أي النقص من ثبوت النقص كالحق والجزاء أي للغاصب أما النصف في الشئ ولم يحصل الغصب منه شيء لم يورث الغاصب بقاع صبغه كيلاً بدوت حقه أصلاً **قوله** قال أبو عصمة رحمه الله في أصل المسئلة أي في قيمته ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر وإن شاء رب الثوب بأعه **قوله** بقيمة أيضاً وصاحب الثوب بما زاد النصف فيه لأن له أن لا يملك النصف بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانيين في البيع لأنه طريق اتصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه معنى ويضرب بقيمة الأيض وصاحب النصف بما زاد النصف فيه لأن له أن لا يملك النصف بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانيين في البيع لأنه طريق اتصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه **قوله** ويتأتى هذا فيما إذا انصف الثوب بنفسه أي يتأتى قول أبي عصمة فيما إذا انصف الثوب بنفسه أيضاً وقوله فيما إذا انصف الثوب بنفسه أظهر لأنه إذا كان كذلك لا يكون له رعاية تضمين صاحب النصف على كونه منه فعند امتناعه من ثبوت الثوب وتعذر تضمينه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه إذا لم يرض صاحب الثوب بتملك النصف بالقيمة فالأمر في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك النصف لا يتعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه لأن له تضمين الغاصب بالثوب الأيض **قوله** وقد ظهر بما ذكرنا الوجود في السويق أي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانبعاث (أ)

(كتاب الغصب فصل - ل)

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوب ينتصف السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرفت في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينتصف الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ر ح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان ادني الخمستين جبرت بالصبغ *

فصل

ومن غصب عينا فعيها فضمنه المالك قيمتها على من غصبها وهذا عندنا وقال الشافعي ر ح لا يملكه الا ان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر اما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السوق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السوق وان شاء اخذها وزم السمن واما حكم السوق والسمن في الاختلاف بغير فعل احد فقد ذكر في الايضاح ان السمن لو اختلط بالسويق كان السوق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السوق اصل والسمن كالزاد فيقال سويق ملتوث واما العسل والسمن فكلاهما اصلان *

قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فانه اجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني امية فانهم كانوا يبيعون عن لبس السواد وهما اجابا على ما شاهد في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد **قوله** ولو كان ثوبا ينتصف الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ر ح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمس بالخمسة فصاير ويرجع عليه بباقي من النقصان وهو خمسة والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله عدوان محض اي ما فيه وجه اباحة فلا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعاً والتعدي لا يكون مشروعاً لان ادنى درجاته ان يكون مباحاً والتعدي لا يكون مباحاً وصار كغصب المدبر *

(كتاب الغصب فصل ب)

ولما ملك البديل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه وفعلا المضمر وعند بخلاف المبدل لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالتقضاء لكن البيع بعدة يصادف القن *
قال والنقل في القيمة قول الغاصب مع بيئته لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والنقل قول المالك مع بيئته لان قيمته المالك البيئته بـ = تنوع ذلك لانه انبته بالحجة المزممة *

قال ان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما حسن وقد صدمتها بقول المالك او بيدها بها او بذكول الغاصب عن اليمين فزاد ربحا بالبيع وهو الغاصب لا ينضم له الملك بسبب اتصال برضا المالك حيث ادعى هذا المقدار **قال** فان كان صدمه بقول الغاصب مع بيئته فهو بالخيار ان شاء امضى الصمان وان شاء اخذ العين ورد العرض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة واخذ ودونها لعدم الحجية ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه

قوله ولما ان ملك البديل بكماله اي رقبته ويد افوجب ان يزول ملكه عن المبدل الى ملك من وجب عليه البديل اذا كان المبدل محتملا للنقل من ملك الى ملك دفعا للمضمر وتحقيق البديل كما في سائر المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى يتقدر بقيمة العين والاتصال في الصمان ان يجب بقدره فثبت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفائت فاذا ثبت له الملك في البديل بدا وانما جعلناه متابلا بالاصل يد او ذاتا في رول ملكه عن المغصوب شرطا لحكم شرعي وهو الصمان لانه شرع جبهوا لاجبر مع بقاء الاصل على ملكه ان الجبر يعتمد الثوات وشرط الشيء تابع له فصار حسنا بحسنه وانما يتبع لو كان الملك يثبت بالغصب **قوله** نعم قد يفسخ التدبير الى آخره هذا جواب اشكال وهو ان يقال يمكن نقل المدبر ايضا بان باعه وخاصمه المشتري بالتسليم وقضى القاضي بذلك فان المشتري يأخذ المدبر فجاب بان ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القن لانه يفسخ القاضي يعود الى الرق **قوله** لان يتيم المالك البيئته باكثر من ذلك فان لم يكن للمالك بيئته وجاء الغاصب بيئته ان قيمة المغصوب كذا قال بعض مشائخنا ينبغي ان يقبل بيئته الغاصب لاسقاط اليمين الا ترى (ان)

(كتاب الغصب فضائل)

في هذا الفصل الأخير فكذا الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الترخي رح
أنه لا خيار له لأنه لم يتم رغبته حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لغوات الرضاء *

قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن اعتقه ثم ضمن
القيده لم يحجز عنه لأن الملك الثابت فيه ناقص ثبوته مستندا واضرورة ولهذا يظهر
في حق الأكساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب *

إن المودع إذا ادعى رد المودعة قبل قوله وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ومن المشائخ
من فرق بين مسئلة المودعة وبين هذه المسئلة وهو الصحيح *

قوله في هذا الفصل الأخير أي فيه أن اضمنه بقول الغاصب مع يمينه كذا الجواب
في ظاهر الرواية وهو الأصح أي فهو باختيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض
وقال الترخي لا خيار له لأنه يوفى عليه بدل ملكة بكماله وجه ظاهر الرواية أن الخيار لغوات الرضاء
لم يتم حيث لم يعط ما يدعيه وجاز أن يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين ولا يكون مثله عنده
فلا يرضى به بدلا **قوله** لأن الملك الثابت فيه ناقص ثبوته مستندا أو الثابت بطريق الاستناد
ثابت من وجه دون وجه اضرورة إذ الدليل يابى ثبوت الملك بالغصب لذاته عدوانا
والمالك نعدته إنما ثبت الملك له اضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك

واحد والثابت اضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد
لأن الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس
بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لأنه بدل المنفعة فيكون تبعا محصا وثبوت
الحكم في التبعية بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا بسببه أو شرطا لغيره ولأن
ملك الكسب أسرع نفوذا من ملك الولد بدليل أن الغاصب إذا أجاز المغموب يملك
الاجر ولو أوتى لا يملك والمالك الناقص يكفي لتنفيذ البيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب
فإن المكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه *

(قوله)

(كتاب الغصب فصل)

قال وروى المغصوبة ونماؤها ونشوة البستان المغصوب، أما الله في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها ما لملكها فيمنعها إياه وقال الشافعي ربح زائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضا كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا وادت في يده يكون مضموناً عليه ولأن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل بدالها لملك على ما ذكرناه وبذلك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذا اظهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وإذا اذعن يدى فيه كما قل في الكتاب ذلك بأن أئلمه أن يحرقه فأكبر، أرباعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن وإن هلك إذا هلك قبل التمكن

قوله وروى المغصوبة ونماؤها كالمسكن والجمال أما إذا كان الحساب الحاصل له باستغلال الغاصب فيني ليست من قبيل نداء المغصوب لأنه لا يستقيم فيه الاستثناء بقوله إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها صاحبها فيمنعها ما ذكرنا أن الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وإن استهلكها لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا فكذلك بدالها قال الشافعي ربح زائد المغصوب مضمونة متصلة كانت كالمسكن والجمال أو منفصلة كالولد لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضا ولأن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل بدالها لملك على ما ذكرنا أي في أول الغصب بقوله وفي السريعة أخذ مال متقدم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعي ربح في الزوائد مبنياً على الاختلاف في حد الغصب **قوله** ولو اعتبرت ثابتة أي لو اعتبرت بدالها ثابتة على الزاد تبعاً للملك الأم فإنه ما زال اليد التقديرية إذا اظهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه **قوله** أرباعه وسلمه وإنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كما لو باع الولد بعتة وسلمه فإنه يكون ضامناً فإن قيل فليس في البيع والتسليم تقويت بدالها في الولد قلنا بل فيه تقويت يده لأنه كان منكمناً من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببعده وتسليمه فلو وجود التقويت من هذا الوجه يكون ضامناً كذا في المبسوط * (قوله)

(كتاب الغصب فضائل)

من الارسال لعدم المنع وإنما يضمه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو اشرع على هذا اكثر مما يخرج ولو اطلق الجواب فهو ضمان جنابة ولهذا ينكرها وينكرها وبجيب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن او على واحد من **قال** وما نصبت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمته الوادوء به النجس المتفان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي ربح لا ينجم النقصان بالرد لان الوادء ملكة فلا يضلح جابر الملكة كما في واد الطيبة وكما اذا هلك الواد قبل الرد واماتت الام وبالواد ولاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيرة او قطع فوائهم شجر غيرة او خصي عبد غيرة او علمه المحرفة فاضاه التعليم ولما ان سبب الزيادة والنقصان واحد

قوله من الارسال اي في الحرم **قوله** بعد طلب صاحب الحق وهو اشرع لان الحق في صيد الحرم للمشرع والشرع بطال به بدل الاصل منع واداه التي مأمنه فيوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب للفساد **قوله** ولو اطلق الجواب اي لو قيل بوجوب الضمان في واد الطيبة المخرجة من الحرم اذا هلك قبل التمكن من الارسال في الحرم وبعد التمكن من الارسال فهو ضمان جنابة اي ضمان صيد الحرم ضمان اطلاق معنى الصيدية لانه بالحرم امن صيد او في تدمر وبعده عن ايدينا واثبات اليد عليه يكون اتلافاً للمعنى الصيدية وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتقويت الايدي لاثبات اليد عليها **قوله** ولهذا ينكر وينكرها اي بتعدد بتعدد الجنابة كما اذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كما لو قتل نكراً الجزاء ينكر الجنابة وهو انه لو ادعى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ويحتمل ان يكون معناه ينكر وجوب الارسال بنكر هذه الجنابة التي هي الاخراج من الحرم **قوله** كما في واد الطيبة ان نقصان الطيبة المخرجة من الحرم لا ينجم بالولد **قوله** كما اذا ماتت الام اي الامة بالولادة **قوله** ولما ان سبب الزيادة والنقصان وهو الولادة لانها اوجبت فوات (جزء)

(كتاب العصب الثاني من كتاب)

وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعد ذلك لا يعد نقصا فلا يوجب ضمنا أو صار كما
إذا غصب جارية سميت فبذلت ثم ماتت أو سقطت ثبته ثم نبقت أو قطع يد المغصوب
في مدة واخذ ارشدا أو أداه مع العبد تحتسب من نقصان القطع وولد الطيبة
ممنوع وكذا إذا ماتت الأم وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم

جزء من البنية الأصل وحدث البنية الولاد لأن كان موجودا قبل الانفصال أم يكن مالا
حتى لا يجزى بعد وممنوع والمناصرة للامتناع والافتقار للانفصال وإذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع
ظهور النقصان فامتنع الضمان كالمبيع فإنه يزيل المبيع من ملكه ويدخل الشئ في ملكه فلا يعد
نقصا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل الثبته ثم رجعا لم يفسد ما شئ *

قوله وهو الولادة أو العلوق على ما عرف أي عند أبي يوسف ومحمد ربح سبب النقصان الولادة
وعند أبي حنيفة ربح العلوق ويظهر ذلك فيما إذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب فردها
فماتت بالولادة فعند هذا لا يضمن لأن سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك
ويضمن عند أبي حنيفة ربح لأن سبب العلوق وكان عند الغاصب وفوله على ما عرف
إشارة إلى هذا **قوله** وولد الطيبة ممنوع أي يجبر نقصان الطيبة بالولادة بقيمة الولد فلا يرد
بفضل الركن سلم فهذا الولد لا يصلح أن يكون خلفا عن الجزء الغائت لأنه مضمون بنفسه
فلم يجز أن يردى به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا **قوله** وكذا إذا ماتت الأم يعني إذا
ماتت الأم بالولادة وبقيمة الولد فاء بنقصان الولادة يجبر في رواية فلا يرد نقضا
قوله وتخريج الثانية أي تخريج الرواية الثانية في أنه لا يجبر وهي ظاهر الرواية أن الولادة ليست
بسبب لموت الأم غالب فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان فلم يجبر وفي المسوط فإن ماتت الأم
بالولادة وبالولد وفاء بقيمة في هذه المسئلة ثلاث روايات عن أبي حنيفة ربح أنه يبرأ بالولد
لأن وجوب الضمان على الغاصب لجبره أن حق المغصوب منه وذلك حاصل بالوفاء
في قيمة الولد وروي أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك (من)

(كتاب الغصب فضال)

اذ لا تنضي اليد غالباً بخلاف ما اذا امت اليد قبل الرد لان لا بد من رد اصله للبراءة فتكذلك لا بد من رد
خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه عرض بعض النسوة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل
لان سبب النقصان القطع والجبر وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم *

من قيمة الام لان الولادة لا يوجب الموت او نقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام
فلا يكون بسبب الولادة ورد القيمة بكون العين واورد عين الجارية كان النقصان منجبراً
بالولد فكذلك اذا رد قيمتها وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لانه لما ماتت
تبين ان الولادة كانت موتاً من اصله كما تجرح اذا اتصل به هوق الروح يكون قتلاً من اصله
لان يكون جرحاً ثم قتلاً بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبة للزيادة وهذه
الخلافة بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابراً للنقصان بالولادة *

قوله اذ لا تنضي اليد غالباً ولا يقال افضت في هذه الصورة فيكون سبباً لان نقول الاصل هو النظر
الى اوضاع اسباب التصرفات لا الى افرادها الا ترى ان الصبي لا يوهل للمطلاق والعناق
وان تحقق النفع في صورة لانهما في الاصل سببان للمضرة **قوله** لا بد من رد اصله للبراءة يعني
الواجب عليه رد الاصل بالصفة التي اخذها وما ردها بتلك الصفة وانما يكون تلك الصفة
مع النقصان لوردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فان لم يرد الولد الذي هو خلف
عن النقصان لا يبرأ **قوله** والخصاء الخصاء على فعال هو الصحيح لا بعد زيادة اي في الملية
لانها انما يتحقق لرغبة عامة الناس وهي ليست بمغروبة عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال
لظنهم ان الخصي كالمحرم ويظهر ذلك فيما اذا غصب غلاماً قيمته خمسمائة وخصاه فلما
برأ صارت قيمته الفاقصا حبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته خمسمائة يوم خصاه وان شاء اخذ الغلام
ولا شيء له فعلم بهذا انه لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لانه لو كان له اعتبار لوجب على
المالك ما زاد الخصاء فيه اذا اختار الاخذ كما في غصب الثوب وصبغه اجبر وقول الشافعي روح
ان ملكه لا ينجر بملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج الى الجبر * (قوله)

(كتاب الغصب فصل)

قال ومن غصب جارية ثمنها ثم ردّها فحملت وماتت في نفاسها يضمّن قيمتها يوم علمت ولا ضمان عليه في الحرّة عدّا عبد أبي حنيفة ر ح وقال لا يضمّن في الأمانة ايضاً لهما ان الرد قد صحم والهلاك بعد بسبب حدث في يد المالك وهو الولاد فلا يضمّن الغاصب كذا اذا حمت في يد الغاصب ثم ردّها فهلك او زنت في يده ثم ردّها فحملت فهلك منه ولكن اشترى جارية قد حملت في يد البائع فولدت عبداً المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق الثمن وله ان يغصبها او ما تعتقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب حماية فقتلت بها في يد المالك او نعت بها بان كانت التحية خطأ يرجع على الغاصب بكل التهمة كذا عدّا بخلاف الحرّة لانها لو تفرّس بالغصب لبيّنى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

قوله ومن غصب جارية فراثن بها ثم ردّها فحملت اي ردّها فتبين انها حبلية **قوله** وماتت في نفاسها قيد بموت في نفاسها ليكون الموت في اثر الولاد **قوله** وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم هذا جواب عن قولهما ولكن اشترى جارية قد حملت عند البائع قيل هو ممنوع ولئن سام فتقول ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو انه مال متّبرم وقد وجد ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهذا لا يتبادلها شيء من الثمن وبسوتها في النفاس لا بعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق في الرد كما تبض لان الاوصاف داخله في الغصب ولهذا لو غصب جارية سمينه فهزلت في يد الغاصب وردّها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف في الغصب يكون الرد بدونها ردّا سداً **قوله** وما ذكرناه شرط صحة الرد اي الرد على الوجه الذي اخذ شرط صحة الرد حيث غصبها ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل وردت وفيها ذلك * (قوله)

(كتاب الغصب فصل)

والذي ناسب لجلد مؤلم لا جراح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن الغاصب مضيع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي روح يضمنها فيجب جراح المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك روح ان سكنها يجب اجو المثل وان عطلها الاشئ عليه لانه المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذلك بالغصب

قوله والذي ناسب لجلد مؤلم اي الزوال الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجلد الجراح ولا المتلف ولهذا يختار سوطا لا ثمرة له ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قوله** فلم يوجد السبب اي سبب التلف او الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتواليه وذلك يحصل بأوله الحمى عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده اما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الام لوادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول **قوله** الا ان ينقص باستعماله انما ذكر الاستعمال لما ان الظاهر ان النقصان انما يحصل بالاستعمال لان الغالب ان الغاصب انما يغصب للاستعمال **قوله** ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها اي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي روح **قوله** لانه المنافع اموال متقومة وهذا لان المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا ومشروعا هو الانتفاع بالمال الا يرى ان الاجارة من التجارة وهي مبادلة مال بمال والمأذون والشريك يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بماليس بمال والاعيان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ولهذا يقل مائة العين اذا قل الانتفاع به فانما كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها لان يكون المنافع اموالا بنفسها او اي وهي متقومة لان تقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبدلون الاعيان لاجلها الا ترى انها تقوم (١)

(كتاب الغصب فصل)

ولما أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لجانته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة ثنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولان سلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين *

الاعيان فاستحال ان لا تكون متقومة بنفسها ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض عما ليس يستقوم لا يجوز كالخمر وحبته سمس *

قوله ولما أنها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه أي في تصرفه وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه في يده والكسب للكاسب لقوله عليه السلام كل الناس احق بكسبه واثن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه واتلافه لان اتلاف الشيء او غصبه انما يرد في حال بقائه فلما لم يكن المانع باقية استحال اتلافها وغصبها ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود او في حال الوجود او بعد الوجود لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال والثاني لانه لو اعترض على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه ضرورة والاتلاف ابطل الوجود لا يمنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم

قوله ولا انها لا تماثل الاعيان أي لا يمكن ان يضمنها لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين يبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى وجزاء سيئة سيئة مثلها ولهذا لا يضمن الجيد بالردي وما قال الشافعي رح ان المنافع اموال متقومة فلما لا نسلم ذلك لان صفته المالية للشيء انما يثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء واخاره لوقت الحاجة لاعن الانتفاع بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسمى تمولا لان (المال)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإذا تلف المسلم خمر الذمي أو خنزيرة ضمن فإن تلفهما لمسلم أم بضمن وقال الشافعي ربح لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا تلفهما ذمي على ذمي أو بعهما الذمي من الذمي له أن يسقط تقويمهما في حق المسلم فكذلك ذمي في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بالتلفهما مال متقوم وهما الضمان ولنا أن المتقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرأتان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الإلزام وإذا بقي المتقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم يضمنه

المال اسم لما هو مخلوق لأقله أصاحنا به ولكن باعتبار صفة التناول والادخار وقت الحاجة فالمنافع لا يبقى وقتين لأنها أعراض كالتخرج من جيز الدم إلى الوجود تلهشي فلا يتصور فيها التناول ونحن سلكنا أن لها حكم المال ليس لها صفة التقوم لأن التقوم لا يسبق الوجود لأن التقوم إنما يكون بعد الاحراز ألا ترى أن الصيد والحشيش غير متقوم قبل الاحراز وإن كان عينا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوما وإنما ثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار إقائه العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة فبطلت المقايضة لأن الرضاء اثر في إيجاب الأصول والفصول جميعا فالمال يجب بالشرط مقابل بغير مال ويجوز بيع عبد قيمة ألف بالوف وشي من ذلك لا يثبت بالعد وإن وكل قياس لا يقوم إلا بوصف به يقع الفرق بين الأصل والفرع فهو باطل والله أعلم بالصواب *

فصل في غصب ما لا يتقوم

قوله إذا خمر لهم كالخل لنا وهذا لأن الخمر مال متقوم في حق أهل الذمة لأنها كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا الأصل أن ما ثبت يقين اليقين أن يوجد المزيل والمزِيل وهو قوله تعالى رَجَسُ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ وَجَدَ فِي حَقِّنا بَدَلِيلُ (١)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

بخلاف المبتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدن تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المباحة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد لكونه لا ذمي لاننا ما صنفنا لهم ترك التعرض للمنافية من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة * **قال** فان غصب من مسلم خمر افخلها او جلد ميتة بدفعه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء وبأخذ جلد الميتة وبرد عليه ما زاد الد باغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خلها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دفعه بماله قيمة كالنقرض والعنص ونحو ذلك

السياق والسباق فبقي في حق من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل لان حرمة العين وفساد التقوم ثبتا بخطاب الشرع وقد امرنا ان نتركهم وما يدبرون لكان عند الد مد فقصر الخطاب حيث لم يعتد وارسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالتزام بالسيف او المحاجة لكان عند الدمة فصارت ان الخطاب غير نازل في حقهم بقى الحكم على ما كان *

قوله بخلاف الميتة والدم المراد بالميتة هي التي ماتت حتمت انفها حتى لو ماتت بالضرب او بالخنق يضمه المسلم عند ابي حنيفة رح خلافا لمحمد رح **قوله** بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربوا لاننا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله عليه السلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد لادبانه فقد ثبت بالنص حرمة الربوا في اعتقادهم قال الله تعالى وَاَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ **قوله** وبخلاف العبد المرتد للذمي فانه يقتل لاننا ما صنفنا لهم ترك التعرض له اي للعبد المرتد لهم لمافية من الاستخفاف بالدين **قوله** وبخلاف متروك التسمية اي عمدا اذا كان لمن يبيحه وهو الشافعي رح ومن تابعه يعني لو اتلف متروك التسمية عمدا على قول الشافعي رح لا يضمن فان ولاية الالتزام بالمحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص ان متروك (التسمية)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة غلبه اياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه ويأنه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما والغاصب ان يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكها ضمن التخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالا تلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعائر وبهذا فارق الهلاك بنفسه

التسمية عمد احرام ليس بمال فلذلك لا يعتبر اعتادهم في ايجاب الضمان *

قوله والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه وهذا لان نجاسة الخمر فابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير ان تقوم بهاشيء من ملكه فصار التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا هنا وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب اي بالدباغ بما له قيمة **قوله** ويأنه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ لانه لا يكون لجلد الميته قيمة فتقوم ذكيا لذلك قال القدراني اما يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ بالجلد من منزله فما اذا القى صاحبه في الطريق فاخذ رجل جلد هاورد بغه فليس للمالك ان يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان يأخذ في هذه الصورة ايضا كذا في الذخيرة **قوله** اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم لان العصير كان مالا متقوما له فاذا صار خمرا صار غير متقوم (ولو كونه)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

وقوله يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده بطرح منه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الغائبة في الاخذ منه ثم الرد عليه ولذا ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه متقوم لا استعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حاله والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه ينفع المالك والجلد غير تابع للصنعة في حق المالك ثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثرى لان التقوم فيهما كانت ثابتا قبل الدباغ والصبيغ فام يمكن تابع للصنعة ولو كان دائما فادراك المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه وضمنه قيمته قبل ان يس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لانه له قيمة وميل ليس له ذلك عند ابي حنيفة ربح عند هبالة ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه

واكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه ولهذا لو غصب خذرا انسان فملكه ان يستردّها نعم ان المالك لا يفتقر الى التقوم فاذا زالت صنعة النجاسة عاد متقوما كما كانت لان التقوم ثبت الآن *

قوله وقوله يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان قضي لاحد هما بالدرهم والآخر بالدينار اذا الناصي يقضي بما يشترى به في الاسواق وبيع **قوله** فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اي فيما اذا ادبغ بهما له قيمة **قوله** بخلاف صبيغ الثوب لان له قيمة اي للثوب قيمة **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه اي لم يأخذه برد قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز الغاصب عن رده فصار كاستهلاك **قوله** ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ اي على قولهما لان الكلام فيما اذا ادبغ بشي له قيمة وفيه النضمين عندهما *

(قوله)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

كما في الاستهلاك وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لما لك بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمه وحده الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تقدر عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة روح صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبح الجلد ومعناه ههنا ان يعطى مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وضمه فهو على ما قيل وقيل في دبح الجلد ولو استهلكها لا يضمه عند ابي حنيفة روح خلا فلهما كما في دبح الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد روح انه صارت خلا من ساعته تصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التذير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة روح هو للغاصب في الوجهين فلا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه

قوله كما في الاستهلاك يعني مسألة الاستهلاك التي تقدم ذكرها ان عنده لا يضمن وعندهما يضمن **قوله** قالوا عند ابي حنيفة روح صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه لانه استهلاك **قوله** فهو على ما قيل وقيل اي على القولين المذكورين في دبح الجلد وهو ما ذكر قيل هذا بقوله ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك * وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة روح وعندهما له ذلك ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد روح ان صارت خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواسطة ذلك النعل لان اعدام الذوات ليس في قدرة البشر ولا كذا لك اذا نخلت بعد ساعته لانها بالانقضاء لم يصير مستهلكا لبقائها على حالها * (قوله)

(كتاب الغصب فضل في غصب ما لا يتقوم)

وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا وبضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشائخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشائخ وقد اثبتناها في كفاية المتهمي *

قال ومن كسر لمسلم برط او طبل او مزمارا او دفا او اراق له سكر او مصما فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ر ح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهوناما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربته في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للشي من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباق من ابى حنيفة رحمه الله روايتان في النضامين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تنومها كالخمر ولا تدفع له ادنى امر بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه

قوله وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول اي فيما اذا صار دلا من ساعته لما بينا اي انه يصير ملكا للغاصب **قوله** في الوجوه كلها اي فيما اذا صار خلا بآلة الماشح او بالنقاء الخ من ساعته او بعد زمان **قوله** وقد كثرت فيه اقوال المشائخ بعضهم قالوا المخلوط ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينتقطع حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه باخلط كالملك والموزون اذا غصبه وخلط ببثله من مأك نفسه فان لم يكن مضمونا عليه لا ينتقطع وجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشترك كالملك اذا اخلط بنفسه بكيال آخر لغيره **قوله** وهو بامر الشرع قال عليه السلام بعثت لكسيرا المزامير وقتل الخنازير وقال اذا رأى احدكم منكرا فليذكره وان لم يستطع فليسا عنه وان لم يستطع فليقلبه * (قوله)

الاعطال الواقعة في الهداية والكفاية



صفحة	سطر	غلط	صحیح	صفحة	سطر	غلط	صحیح
٩	٨	أويقول إلى البائع	—	١٠٧	١	رسول	رسول الله
٢٩	٢٠	تله	ثلاثة	١٠٨	٢١	علي	علي
٣٨	١٢	يتمكن	يتمكن	١١٩	١٨	كان	كانت
٤٧	١٦	لم ينفذ	لم ينفذ	١٢١	١٣	بينما	نبيين
٥٥	١٢	والعروض	والعروض	١٢٢	٥٨	المشوي	المشوي
٥٦	١	وجه	وجه	١٢٧	١٧	يرجع	يرجع
٦٣	١١	قبلي	قبلي	١٣٣	١٠	النبوي	النبوي
٧٧	٩	معناه	معناه	١٤٥	٨	باعتبار	باعتبار
٧٩	٢	خصا	خصما	١٤٥	١٢	ح	رج
٨٣	٢	انتبض	انتبض	١٤٨	١٣	برقيته	برقيته
٨٥	١٣	واجته	واجبة	١٩٤	٢	قي	في
٨٨	٢٠	الانتقاع	الانتقاع	١٧٢	٥	سيئل	سئل
٩٣	١٧	عزرا	غررا	١٧٩	٢	آحاده	آحاده
٩٤	١٦	مكوز	يجوز	١٨٤	١	اندفعت	اندفعت
٩٥	٢	مجدون	مجدون	١٨٤	١٢	يثبت	يثبت
٩٥	٧	مجدون	مجدون	١٨٩	٤	معناه	معناه
٩٧	٢١	لكلا	لكلا	١٩٢	١٥	جانبه	جانبه
١٠٢	١٣	ابن يوسف	ابن يوسف	١٩٣	٥	يثبت	يثبت
١٠٣	٤	أنفس	السفل	١٩٤	٢	المعني	المعني
١٠٩	١٨	صاحبه	صاحبه	١٩٥	٢	ثم	ثم

صحة	سطر	علط	صحيح	صحة	سطر	علط	صحيح
١٩٥	٥	زاد	زاد	٢٩٣	١٢	لله	لله
١٩٦	٢	فكتهوه	فكتهوه	٣٠٠	٦	لا يبرأ	لا يبرأ
١٩٩	١٥	بجذاحيه	بجذاحيه	٣٠٣	١	ولا بينة	ولا بينة
١٩٩	٢١	الحصر	الحصر	٣٠٦	٣	يستقي	يستقي
٢٥٧	١٠	من قبل	من قبل	٣١٠	٢١	منايا	منايا
٢٥٩	٥	يغيرها	يغيرها	٣١١	٨	ظاهرة	ظاهرة
٢٥٩	١٨	الجزر	الجزر	٣١١	٢١	قر	قر
٢٢٠	٥	المنافضة	المنافضة	٣١٥	١	ليظرو	ليظرو
٢٢١	٩٦	المنافضة	المنافضة	٣١٦	١٥	آخرة	آخرة
٢٢٢	١٤	يبني	يبني	٣١٦	١٥	فصار	فصار
٢٢٥	٢٠	يوافق	يوافق	٣٢٠	٦	يقبله	يقبله
٢٣٢	٦	رحمها	رحمها	٣٢٢	٩	لم يحضرة	لم يحضرة
٢٣٣	٥	قيعابر	قيعابر	٣٢٢	١٣	فحينئذ	فحينئذ
٢٣٦	١	بالشراي	بالشراي	٣٢٣	٨	ترتابوا	ترتابوا
٢٤٨	١٤	لزيادة	لزيادة	٣٢٣	١٣	ابيع	ابيع
٢٤٣	١	رحمها لله	رحمها لله	٣٢٦	١٩	جداني	جداني
٢٤٣	٩	رائجة	رائجة	٣٢٧	٣	اثبات	اثبات
٢٥٨	٢١	ذخايرة	ذخايرة	٣٤٠	٨	المجتنب	المجتنب
٢٦٨	٢	كقوله	كقوله	٣٤٠	١٠	ادعي	ادعي
٢٧١	٢	وكذا	وكذا	٣٤٢	٥	لي	لي
٢٧٧	٤	رحمها	رحمها	٣٤٤	٧	استحقاق	استحقاق
٢٨١	١٤	رح	رح	٣٤٦	٢	غيرها	غيرها
٢٨١	٢٠	رحمها	رحمها	٣٤٧	١٣	شرائه	شرائه
٢٨٢	٦	للمشري	للمشري	٣٤٧	١٤	غريم	غريم
٢٨٨	٧	تم	تم	٣٥٢	١	ارصى	ارصى

